# Anfechtung von Willenserklärungen bei arglistiger Täuschung durch "Dritte"

(§ 123 Abs. 2 BGB).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Erwin Altmann

aus Trier.

Marburg 1934

Druckerei W. May
Köln, Trajanstr. 39 Tel. 94702

Als Dissertation von der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 15. Dezember 1933.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

M e i n e n  E l t e r n
in Liebe zu eigen.

# Gliederung.

Seite

I. Teil.

Auslegung des Ausdrucks: "Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war" in § 123 Abs. 2 S.1.

1. Die herrschende Meinung: Ausschluß der Erklärungen mit unbestimmtem Erklärungsgegner. 5-8

2. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung. 9-20

II. Teil.

Der Begriff des "Dritten" in Abs.2 S.1.

1. Darstellung und Kritik der Stellungnahme des Reichsgerichts. 21-38

2. Darstellung und Kritik der übrigen Meinungen. 38-40

3. Entwicklung der eigenen Stellungnahme 40-51

4. Der "Dritte" bei Erklärungen mit alternativ bestimmtem Erklärungsgegner. 51-53

III. Teil.

Die Bedeutung des Abs.2 S.2.

1. Das Verhältnis von Satz 2 zu Satz 1. 54-57

2. Untersuchung der Anwendungsfälle des Satz 2.
   a) Vertrag zu Rechten Dritter. 57-63
   b) Die Frage der Anwendbarkeit des Satz 2 auf Zustimmungserklärungen. 63-67
   c) Schuldübernahme (§§ 414 u.415 BGB). 67-71

3. Das Erfordernis des Rechtserwerbs "unmittelbar aus der Erklärung" im Gegensatz zum nur-gesetzlichen Rechtserwerb. 71-83

Schluß.

Keine entsprechende Anwendbarkeit des § 123 Abs.2 auf Fälle der Drohung. 83-84

# I. T e i l .

## Auslegung des Ausdruckes: "Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war", in § 123, Abs. 2, Satz 1.

Was ist unter "Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war", in § 123 Abs.2, Satz 1 zu verstehen?

Bei Behandlung dieser Frage ist davon auszugehen, daß unter "Erklärung" im Zusammenhang mit Abs.1 nur "Willenserklärung" verstanden werden kann; es handelt sich also um eine abgekürzte Bezeichnung (ebenso z.B. in §§ 122, Abs.1, 116 Satz 2), wiewohl der Ausdruck "Erklärung" und "erklären" auch für Vorstellungs- und Willensmitteilungen vom Gesetz verwendet wird [1].

Unter der im BGB oft vorkommenden Ausdrucksweise: Willenserklärung (oder kurz Erklärung), "die einem anderen gegenüber abzugeben ist" (vgl. außer § 123 Abs.2 die §§ 117, Abs. 1, 130, 116, Satz 2, 122, Abs.1), versteht die h.M. [2] im Anschluß an Zitelmann [3] die Bezeichnung für eine Willenserklärung mit b e s t i m m t e m Erklärungsgegner [4].

Es wird so zwischen die legalen Worte "einem" und "anderen" ein drittes, sehr schwer wiegendes Wort eingefügt, indem man liest: einem bestimmten anderen.

Ausgeschieden werden also von dieser nicht unmittelbar aus dem Gesetz folgenden Lehre nicht nur die Willenserklärungen, die niemandem gegenüber abzugeben sind, die sogenannten "Willensgeschäfte" Manigks, sondern auch die nach außen gerichteten Willenserklärungen mit unbestimmtem Kreis von Erklärungsgegnern.

1) Vgl. §§ 639, 2244, 283, 326, 634, 250, 295; vgl. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907 (=We.Wg.), S.10, 652, 703, 726, 728 und 701.
2) Vgl. statt aller Enneccerus-Nipperdey, S.443, Anm.14.
3) Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB, 1889, S. 23; ferner Allgem. Teil, S.93 ff.
4) Ebenso unter der Ausdrucksweise in §§ 143 Abs.3, Satz 1; 111, S.2, 180, S2, 132 Abs.2, 182 Abs.1. Vgl. hierzu Manigk, We.Wg. S.335, 336.

Den Hauptstützpunkt für diese Auslegung bildet wie bei Zitelmann so auch in der heute herrschenden Systematik § 130 BGB, der für die Wirksamkeit einer Willenserklärung, "die einem anderen gegenüber abzugeben ist", das Erfordernis des Zugangs bei dem anderen festlegt. Da die Vorstellung fremd erschien, auch die Willenserklärungen, die einen unbestimmten Kreis von Erklärungsgegnern angehen, als zugangsfähig anzusehen, ließ man sich zu der Ansicht verleiten, das in § 130 aufgestellte Wirksamkeitserfordernis passe nicht auf solche Willenserklärungen. Demgegenüber dürfte Manigk[1] der Nachweis gelungen sein, daß bei sämtlichen Willenserklärungen mit unbestimmtem Kreis von Erklärungsgegnern ebenfalls ein "Zugehen" in der diesen Erklärungen entsprechenden Art möglich und zur Wirksamkeit unbedingt erforderlich ist. Aber abgesehen davon bedingen Zitelmann und die h.M. noch einen weiteren Fehler. Es wurde das Dogma aufgestellt, es handele sich bei dem Ausdruck um einen sorgfältig durchgeführten, festen und eindeutigen Sprachgebrauch des Gesetzes, dessen einheitlicher Sinn streng durchgeführt werden müsse, selbst wenn Härten nicht zu vermeiden seien[2].

Auf diese Weise unterließ man es, jeden einzelnen Rechtssatz, in dem sich der Ausdruck findet, auf seinen besonderen "Interessengehalt" zu prüfen und die in der Gebotsnorm enthaltene Interessenentscheidung klar herauszustellen[3], wodurch man bald zu einer weiten, bald zu einer engeren Auslegung der nicht begrifflich starr zu nehmenden Ausdrucksweise gelangt wäre.

Ein einheitlicher Sinn muß dem betreffenden Ausdruck nicht unbedingt beigelegt werden, selbst wenn man auf dem Boden der historischen im Gegensatz zur objektiven Auslegungsmethode steht, da ein sorgfäl-

---

1) We.Wg., S.314 ff., IheringsJ.83,S.47,48.

2) Auf dieser Vorstellung baut sich,als"hochbedeutsam" von der h.M. anerkannt,die Einteilung der Willenserklärungen in "empfangsbedürftige" und "nicht empfangsbedürftige W.E.auf.Vgl.Enneccerus-Nipperdey,§ 136,A.14;Manigk,IheringsJ.83,S.39 f., insbesondere 46.

3) Vgl.hierzu Heck,Rechtsgewinnung,S.37;Schuldrecht S.472;Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz S.4,36 ff.104 ff.129 ff.,Stoll in Arch.f.civ.Prax. N.F.13 Beilageheft S.69,70,75.

tig und klar durchgeführter Sprachgebrauch des Gesetzgebers dem historischen Bild widerspricht. Darauf hat Manigk [1] mit Recht aufmerksam gemacht.

Wie wenig durchdacht die Formulierung dieser Gruppe von Willenserklärungen war, geht auch daraus hervor, daß der Zusatz "einem anderen gegenüber"gerade dort fortgelassen wurde, wo er den Voraussetzungen nach hinzugedacht werden muß, nämlich in §§ 118 und 120 [2].

Wäre Zitelmann und mit ihm die h.M. nicht von der falschen Voraussetzung eines sorgfältig und klar durchgeführten Sprachgebrauchs ausgegangen, so würde, wenn man schon die Zugangsfähigkeit der Willenserklärungen mit unbestimmtem Adressaten verkannte, in § 130 mit einer einengenden Auslegung des Ausdrucks zu helfen gewesen sein. Man hätte das Anwendungsgebiet des §§ 130 auf Willenserklärungen mit bestimmtem Adressaten beschränken können, ohne damit den übrigen Gesetzesbestimmungen, in denen sich der Ausdruck findet, Gewalt anzutun. Auf diese Weise wäre man durch planvolle Interessenforschung mit Manigk [3]

1) Vgl. insbesondere We.Wg. S,3,4,11,307; IheringsJ. 83,S.42,44,48,49,50,85.

2) Vgl. Manigk, IheringsJ. 83,S.49,50.

3) Vgl. Willenserklärung und Willensgeschäft, S.305 ff., IheringsJ.83,S.39 ff., Manigk hat die von der Interessenjurisprudenz in den Vordergrund gestellte Interessenforschung (vgl. z.B. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1.Aufl.1912, 2.Aufl.1932), S.1 ff., Grundriß des Schuldrechts (1929) S.472,473) schon vor Auftreten der Schule der Interessenjurisprudenz und unabhängig von ihr innerhalb des Rechtsgebiets des Allgem. Teils und zwar speziell in seinem System der juristischen Handlungen verwirklicht. Vgl. We.Wg., 1907, und schon vorher das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901. Manigk hat aber mit Interessenforschung eine klare Begriffs- und Systembildung verbunden, die unseres Erachtens gerade für die Erfassung und Anwendung der Rechtsnormen des Allgem Teils unerläßliche Voraussetzung ist. Gegen unangebrachte und dann gefährliche Begriffsbildung vgl. aber Manigk We.Wg. (1907) insbesondere S.9 ff., 305 ff. (vgl. auch Anwendungsgebiet, 1901). Ferner vgl. Savigny und der Modernismus im Recht, 1914, S.84, ff.161 ff., 215 ff., 230 ff. Irrtum und Auslegung, 1918, S.7 ff., IheringJ.83, insbesondere S.2, 13, 39 ff. Art. "Interessenjurisprudenz" und "Formalismus und Freirechtsschule" in Hdwb.d.Rechtsw. Vgl. auch die Stellungnahme zur Interessenjurisprudenz in IheringsJ.83,S.1 A.1 und im Österreichischen Zentral-

schließlich zu dem Ergebnis gelangt, daß die interessengemäße Auslegung in den einzelnen Tatbeständen (von § 130 jetzt abgesehen) im wesentlichen dasselbe Bild ergibt.

Willenserklärungen, "die einem anderen gegenüber" abzugeben sind, stellen sich in der Regel als gerichtete Willenserklärungen ohne Unterschied, ob mit bestimmten oder unbestimmten Erklärungsgegnern, heraus.

Statt dessen erhobt man den in § 130 falsch aufgefaßten Wortsinn, der sich bestenfalls als Ausnahmesinn hätte erweisen müssen, zum Regelsinn, ja zur starren Begriffsdefinition. Man definierte Willenserklärungen, die "einem anderen gegenüber" abzugeben sind, als solche, die einem bestimmtem anderen gegenüber abzugeben sind. Es wurde also in die "gerichteten" Willenserklärungen [1], die dem unbefangenen Beobachter als eine Gruppeneinheit erscheinen, eine unnatürliche Spaltung hineingetragen, die überall dort hervortritt, wo die betreffende Ausdrucksweise sich im Gesetz gerade findet.

Diese Spaltung führt aber in den einzelnen gesetzlichen Tatbeständen oft zu äußerst unangemessenen Ergebnissen, indem man zu verschiedenen Interessenentscheidungen gelangt, trotzdem die Interessenlage die gleiche ist.

Im folgenden soll nachgewiesen werden, wie unangemessen die Scheidung zwischen Willenserklärungen mit bestimmtem und unbestimmtem Adressaten in § 123 Abs. 2 BGB ist und wie dringend die Überwindung des Zitelmann'schen Dogmas de lege lata not tut [2].

---

Fortsetzung

blatt f.jur.Praxis 1933. Es ist vielleicht bezeichnend, daß bisher kein Vertreter der Interessenjurisprudenz eine Verwirklichung ihrer Methode im Allgem.Teil versucht hat.

1) Vgl. zum Ausdruck Leonhard, Grundriß, 1932, S.27, B 2, 28 E.

2) So mit Recht die Forderung Manigks, vgl. We.Wg., S. 305 ff. und insbesondere neuerdings IheringsJ. 83, S.39 ff.

Von den Willenserklärungen mit unbestimmtem Kreis von Erklärungsgegnern sei die Auslobung herausgegriffen, die auch nach d.h.M. zu den (an die Außenwelt) "gerichteten" Willenserklärungen gehört, die aber wegen der Unbestimmtheit des Adressaten von der Regelung des § 123 Abs. 2 für gewöhnlich ausgeschlossen wird [1].

A. hat z.B. den B., der eine Sache verloren hat, durch arglistige Täuschung zur Aussetzung einer ansehnlichen Belohnung für die Wiederbringung bestimmt. Auf die öffentliche Bekanntmachung hin hat C., der von der Täuschung keine Ahnung hatte, auch nicht haben konnte, im Vertrauen auf den Erwerb der ausgesetzten Belohnung Nachforschungen aufgenommen und die verlorene Sache dem B. zurückgebracht [2]. Nun ficht B. dem C. gegenüber wegen arglistiger Täuschung an. Nach der h.M. hat hier C. den Anspruch auf die ausgesetzte Belohnung (§ 657 BGB) nach § 123, Abs. 1 in Verbindung mit §§ 143, Abs. 4, Satz 1 [3], 142 Abs. 1 rückwirkend verloren, und zwar nur aus dem Grund, weil B. die Auslobung nicht in bestimmter Richtung auf C. vorgenommen hat. Es ist ja gerade das Wesen und der wirtschaftliche Sinn der Auslobung, durch Anrede einer u n b e s t i m m t e n Vielheit auch den betreffenden zu dem Publikum gehörenden Unbekannten anzusprechen und anzuregen, der die Bedingungen der Auslobung erfüllen werde. Der Absatz 2 des § 123 ist aber vom Standpunkt der h. Lehre, die in der Auslobung nicht eine Erklärung im Sinne des Abs. 2 erblickt, unanwendbar.

---

1) Vgl. etwa RGR-Kommentar, § 123 A.4; RG 58,353; 107,176; Enneccerus-Nipperdey § 162 A.13; v.Tuhr S. 621; Oertmann, § 123, II; Planck-Flad, § 123, III.

2) Damit soll keineswegs gesagt sein, daß zur Begründung des Anspruchs auf die Belohnung (§ 657) immer ein Handeln mit Rücksicht auf die Auslobung vorliegen müsse, was ja dem Gesetz, § 657 BGB, ausdrücklich widersprechen würde. Es soll nur ein typischer und anschaulicher Fall gewählt werden.

3) Über diese Bestimmung vgl. Manigk, We.Wg., insbesondere S.336, 337, und neuerdings in IheringsJ. 83, S. 51.

Für die Einengung des Vertrauensschutzes in § 123 Abs. 2 vermag die h.M. keinen inneren Grund anzugeben; und es ist unrichtig und nicht zu verstehen, wenn von Tuhr[1] die Auslobung zu den Erklärungen rechnet, "die zu ihrer Wirksamkeit keine Kenntnis des Gegners erfordern und daher kein Vertrauen in ihm hervorrufen". C. hat in dem Beispiel auf das Recht, die in Aussicht gestellte Belohnung zu erhalten, in gleicher Weise vertraut, wie wenn B. ihm selbst den Preis versprochen hätte. Und dies durfte er mit vollem Recht. Denn die Auslobung war an die Allgemeinheit, also auch an ihn gerichtet. B. erklärte, es dürfe sich jedermann aus dem Publikum, also auch C. darauf verlassen, bei Erfüllung der Bedingung den ausgesetzten Preis zu erlangen. Denn das Ziel jeder an die Außenwelt gerichteten Willenserklärung ist normalerweise[2], vom Gegner ernst genommen zu werden. Zumal bei der Auslobung tritt das Ziel der Vertrauenserweckung[3] besonders klar hervor, da der wirtschaftliche Zweck des Anreizes auf das Publikum auf diesem Ziel jeder "gerichteten" Willenserklärung aufgebaut ist. Ja man kann so weit gehen und sagen, daß das Vertrauen auf die Belohnung bei demjenigen, der auf eine Auslobung hin tätig wird, noch stärker ist als bei dem gewöhnlichen Versprechensempfänger, da die Form der öffentlichen Bekanntmachung (§ 657 BGB) beim Publikum ein besonderes Vertrauen zu erwecken geeignet ist.

Der im BGB aus der Interessenlage des Kundgebungszweckes heraus, wenn auch nicht einseitig[4] normierte Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers (vgl. insbesondere die §§ 157, 119, 120, 122) geht nun einmal nach der Interessenwertung des § 123 Abs. 2 so weit, daß der Schutz der "freien, d.h. nicht rechtswidrig" durch arglistige Täuschung "beeinflußten Willensentscheidung[5]" vor dem Schutz des guten Glau-

---

1) a.a.O. S. 621.

2) Von den besonderen Tatbeständen der §§ 117, Abs. 1 118 sei hier abgesehen.

3) Vgl. Manigk, We.Wg., S. 415 ff.; IheringsJ. 83, S. 55 f., 64 f., 90 f., 100 f.

4) Vgl. die Ausführungen Manigk's in IheringsJ. 83, S. 37 ff., RG Festgabe Bd. VI. S. 154, Beiträge zum Wirtschaftsrecht Bd. II S. 598.

5) Vgl. Motive I S. 204, 206.

bens des Erklärungsadressaten zurücktreten muß[1)2)].

Gerade bei der auf Erweckung besonderen Vertrauens abzielenden Auslobung müßte sich aber die Interessenentscheidung des Gesetzes auswirken.

Eine Auslegung der Ausdrucksweise "einem anderen gegenüber" in § 123 Abs. 2, durch die die Auslobung mit einbezogen wird, ist durch einen zwingenden Schluß a maiore ad minus gar nicht zu umgehen. Aber auch für die übrigen Willenserklärungen mit unbestimmtem Erklärungsgegner fordert die ratio legis eine gleiche Behandlung mit den bestimmt adressierten Willenserklärungen[3)]. Die durch das Vertrauensverhältnis geschaffene Interessenlage besteht auch hier. Die Erklärung mündet ihrer Bestimmung nach in einer fremden Interessensphäre, und der gute Glaube, der nach § 123 Abs. 2, Satz 1 geschützt zu werden verdient, kann hier ebenso vorliegen, wie bei einer Willenserklärung mit bestimmtem Frklärungsgegner.

Die Erkenntnis, daß die ratio des Abs.2 Satz 1 einen Trennungsstrich zwischen bestimmt und unbestimmt adressierten Willenserklärungen verbietet, erfährt noch eine besondere Steigerung, wenn man die ratio des Satz 2 berücksichtigt.
Wir fassen die ratio des Satz 2 dahin auf, wie unten näher begründet werden wird[4)], daß der Dritte, der unmittelbar aus der Erklärung ein Recht erworben hat, in seinem guten Glauben geschützt werden müsse, unbeschadet des bösen Glaubens des Erklärungsempfängers.

Dies ist aber nicht einseitig dahin zu verstehen, daß sich aus § 123 Abs. 2 Satz 2 immer eine Wir-

---

1) Ob es nicht der Interessenlage mehr entsprochen hätte, den gutgläubigen Erklärungsgegner nur so weit zu schützen, daß bei Belassung der Anfechtungsmöglichkeit ihm das Vertrauensinteresse zu ersetzen gewesen wäre, statt sein positives Interesse zu schützen, ist eine hier nicht zu behandelnde Frage. Eine solche Regelung würde der des § 122 BGB bei der Irrtumsanfechtung entsprochen haben.
2) Vgl.über den Vertrauensschutz des § 123 Abs.2 Manigk, Irrtum u.Auslegung S.239,246 A.2, der daraus Schlüsse für die von ihm vertretene relative Willenstheorie zieht. Dazu neuerdings Arch.f.Rechts- u.Wirtschaftsphilosophie 26.Heft 3 S.359 ff.
3) Vgl.Manigk, IheringsJ.83,S.50.
4) Vgl.unten S. 54 f.

kung nur zu Gunsten des Dritten ergebe. Denn gegenüber dem Dritten ist auch dann eine Anfechtbarkeit gegeben, wenn zwar der Empfänger gutgläubig, der Dritte aber bösgläubig war. Geht man hiervon aus [1], daß nämlich Satz 2 nicht bloß eine Erweiterung des Anfechtungsrechts des Satz 1 zu Ungunsten des Dritterwerbers darstellt, vielmehr auch bei dessen Gutgläubigkeit zu dessen Gunsten wirkt, also insoweit eine Schutzvorschrift für den Dritten darstellt, so ergibt sich meines Erachtens folgender für die Auslegung des Ausdrucks "einem anderen gegenüber" bedeutsamer Schluß a maiore ad minus:

Wenn das Gesetz sogar den Dritterwerber, an den sich der Erklärende gar nicht wendet, der also nicht Erklärungsgegner ist, in seinem guten Glauben und Vertrauen schützt, um wieviel mehr muß dann ein Vertrauensschutz jedes einzelnen aus einem unbestimmten Kreis von Erklärungs g e g n e r n anerkannt werden.

Nun hat sich zwar in der Literatur immer mehr die Überzeugung durchgesetzt, daß die Scheidung zwischen Willenserklärungen mit bestimmtem und unbestimmtem Erklärungsgener der Interessenlage nicht entspricht, und kritische Betrachtungen de lege ferenda sind verschiedentlich angestellt worden [2]. Auch de lege lata mehren sich die Versuche, die Regelung des § 123 Abs.2 auf Willenserklärungen mit unbestimmtem Erklärungsgegner auszudehnen [3]. Ja es ist erstaunlich, daß sogar Zitelmann selbst der Vorläufer für diese Versuche ist. Denn Zitelmann war sich der Unsicherheit seines Systems, was die ihm folgende h. M. verlannt hat, so sehr bewußt, daß er zugab [4], die Tatbestände der §§ 116 Satz 2, 117, 122, 123 Abs.2, seien "trotz ihres zu engen Wortlauts auch auf nichtempfangsbedürftige Vertragsannahmen zu beziehen [5]".

---

1) Wie hier die S. 57 Anm.1 angef. Literatur. A.A. die h. M., aber ohne eingehende Stellungnahme. Vgl. S. 54 Anm.1.

2) Vgl. M i t t e i s, LZ 1909, S. 634 ff. u. Recht 1909, S. 667 ff.; Rudolf Leonhard, Allgem. Teil, S. 521/522.

3) Vgl. neuerdings D ü r i n g e r - H a c h e n b u r g, HGB, Bd. 4 S. 152, Anm. 190.

4) Vgl. Allgem. Teil, S. 98 bei 3b, Rechtsgeschäfte im Entwurf, S. 44.

5) Vgl. hierzu M a n i g k, We.Wg. S. 307 Anm. 431, Iher. J. 83, S. 46.

Die Anregung Hölders[1], der Unbilligkeit dadurch zu begegnen, daß man als Ausgleich für die unbeschränkte Anfechtbarkeit dem Gutgläubigen einen Schadensersatzanspruch entsprechend § 122 gewährt, scheitert am fehlenden Anhalt im Gesetz[2].

Für alle diese Versuche de lege lata ist es bezeichnend, daß man sich scheut, von einer (wenn auch nur ausnahmsweise) erweiternden Auslegung zu sprechen. Offenbar weil man befürchtet, durch Zulassung von Durchbrechungen des angeblich einheitlichen Wortsinns das ganze darauf aufgebaute System der Willenserklärungen ins Wanken zu bringen.

Die Anwendbrakeit des § 123 Abs. 2, Satz 1 auf Willenserklärungen mit unbestimmtem Erklärungsgegner wird bezeichnenderweise methodisch auch nicht auf Analogie gestützt. Denn man ist sich bewußt, daß eine konsequente Durchführung der Lehre vom einheitlichen Sprachgebrauch nicht zu einer analogen Anwendbarkeit, sondern gerade im Gegenteil zur Nichtanwendbarkeit infolge eines notwendigen arg. e contrario führen müßte. Die lakonische Kürze, mit der die Anwendbarkeit des § 123 Abs. 2 zu begründen versucht wird[3], kann über die methodische Unklarheit nicht hinwegtäuschen.

Die Billigkeit kann methodisch nur im Wege einer erweiternden Auslegung oder Analogie Berücksichtigung finden. Tertium non datur[4]. Eine bewußte freirechtliche Entscheidung gegen das Gesetz kann bei den betreffenden Schriftstellern nicht angenommen werden.

In Wahrheit handelt es sich, was aus den oben angeführten Gründen übersehen wird, um eine erweiternde Auslegung.

Damit hat man aber das Zitelmann'sche Dogma, ja hat Zitelmann selbst seine eigene Lehre vom einheitlichen Sprachgebrauch für den Tatbestand des

1) Erläuterungen, a.a.O. zu § 123, S. 275.
2) Vgl. P l a n c k s Kommentar, zu 123, III b.
3) Vgl. insbesondere Zitelmann a.a.O. und auch Düringer-Hachenburg a.a.O.
4) Vgl. dazu Manigk, Art. Interessenjurisprudenz im Hdwb. d. Rechtsw. S. 311 bei 4 und 313, 6.

§ 123 Abs. 2 verlassen. Diese Auslegung trifft aber nicht bloß für § 123 Abs. 2 zu, sondern für fast alle betreffenden Gesetzesbestimmungen, wie Manigk nachgewiesen hat. Der oben aufgezeigte Sinn des Ausdrucks in § 123 Abs. 2 ist daher nicht ein Ausnahme-, sondern der Regelsinn.

Man könnte nun bei dieser Auslegung des Ausdrucks "einem anderen gegenüber" in § 123 Abs.2, wenn man der Lehre Manigks folgt, an eine im folgenden betrachtete Schwierigkeit denken.

Manigk faßt den Ausdruck "Willenserklärung" in Abs.1 ebenfalls im Sinne von "Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist", auf, d.h. im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Erklärung mit Kundgebungszweck.

Er verneint somit die Anwendbarkeit aller Vorschriften über Anfechtung auf die sogenannten "Willensgeschäfte[1] ". Bei diesen handelt es sich, wie Manigk darlegt, ja nicht um ein Verhalten "einem anderen Mitteilungsinteressenten gegenüber[2] ", so daß eine Vertrauensgrundlage nicht geschaffen wird und das Werturteil der primären Zurechnung infolge der grundverändernden Interessenlagerung nicht mehr paßt. Es bedarf hier nach Manigk nicht erst der Anfechtung, vielmehr kann der wahre Geschäftswille und der Wille wie er sich frei, ohne rechtswidrig durch arglistige Täuschung oder Drohung hervorgerufene Motivation, gestaltet hätte, jederzeit ohne Anfechtung zur Geltung gebracht werden.

Folgt man also dieser Lehre Manigks, so mag es zunächst sehr gewagt erscheinen, mit dem Ausdruck in Abs.2 denselben Sinn wie mit dem des vorhergehenden Abs. 1 zu verbinden, da der Zusatz in Abs. 2 ("die einem anderen gegenüber ..") doch irgend eine unterscheidende Bedeutung haben müsse.

Dieses Bedenken kann aber bei dem nicht klar durchdachten Sprachgebrauch des Gesetzes[3] nicht entscheidend sein, hat doch Manigk sogar dargelegt, daß

1) Vgl. Manigk We.Wg., 415 ff., insbesondere 450, 554 ff., insbesondere 558, 559.
2) Vgl. Iherings J. S. 100.
3) Vgl. oben Seite 6 ff.

der ganze § 143 Abs. 4 eine illusorische Regelung darstellt; denn es gibt keine Fälle, bei denen man auf die (ungenaue) Regelung des Abs.4 angewiesen ist[1]).

Aber abgesehen davon ist die verschiedene Ausdrucksweise nicht schwierig zu erklären.

Abs. 2 behandelt den Fall, daß ein "Dritter" die Täuschung verübt. Von einem "Dritten" kann aber nur dann die Rede sein, wenn ein anderes die Rolle des Zweiten spielt. Dieser andere ist der bestimmte oder unbestimmte Erklärungsgegner, bzw. der bestimmte oder unbestimmte Teil von Frklärungsgegnern. Es muß also immer ein "Gegenüber" des Erklärenden vorhanden sein. Das ist selbstverständlich, so daß der Ausdruck "Willenserklärung" ohne näheren Zusatz auch in Abs.2 Satz 1 genügt hätte; das Gesetz spricht es aber besonders aus, um ein klareres Bild von der "angeschauten Interessenlage[2])" zu geben, auf die sich das Werturteil des Gesetzes nach objektiver Auslegung[3]) bezieht.

Eine weitere Schwierigkeit scheint gegen unsere Auffassung zu sprechen.

Wenn unter dem "anderen" im Sinne des § 123 Abs.2 S. 1 ebenso wie ein bestimmter Erklärungsgegner auch die Öffentlichkeit, wie z.B. bei der Auslobung, verstanden werden kann, welchen Sinn kann dann der Begriff des "Dritten", der doch selbst Teil der Öffentlichkeit ist, haben?

Diese Fragestellung wird denn auch als unüberwindlicher Gegengrund hingestellt[4]). Somit könne z. B. die Auslobung gar nicht unter § 123 Abs.2 fallen.

Dagegen ist zunächst einzuwenden, daß der Kreis, an den sich eine Willenserklärung mit unbestimmter

1) Vgl. We.Wg., S.336,337; neuerdings IheringsJ.83, S.51.
2) Vgl. zum Ausdruck Stoll, a.a.O. S.70.
3) Im Gegensatz zur historischen Auslegung, die die Interessenjurisprudenz fordert. Vgl. darüber Stoll a.a.O. S. 71 zu Anm. 2; Manigk, Art. Auslegung im Handwörterbuch d.Rechtsw.
4) Vgl. Roczek, Die Anfechtung nichtempfangsbedürftiger Willenserklärungen, 1928, S.23/24.

Zahl von Erklärungsgegnern wendet, begrenzt sein kann[1]. In diesen Fällen würde es daher jedenfalls "Dritte", Außenstehende, geben.

Aber es muß sich ja nicht um einen solchen Außenstehenden handeln. Denn der Begriff des "Dritten" ist im § 123 Abs. 2 nicht dahin zu bestimmen, daß unter ihn nur solche Personen fallen können, die dem unbestimmten Kreis der beteiligten Erklärungsgegner nicht angehören.

Die Worte des Gesetzes "einem anderen gegenüber" bezeichnen, wie oben im Anschluß an Manigk dargetan, nur den den Erklärungs a d r e s s a t e n. Das ist bei Willenserklärungen mit bestimmtem Adressaten: d e r bestimmte Erklärungsgegner, bei den Willenserklärungen mit unbestimmtem Adressaten: entweder unbestimmte Einzelpersonen (z.B. "der eventuelle Finder[2]") oder eine Mehrheit oder ganze Gruppe von Beteiligten.

Bei der letzteren Willenserklärung ist der "andere" im Sinne von § 123 Abs. 2 die unbestimmte Vielheit von Einzelpersonen. Diese unbestimmte Vielheit ist aber nicht als eine Gesamtheit mit unbestimmter Gliederzahl aufzufassen, sondern Adressat sind die e i n z e l n e n unbestimmten Personen. Die Erklärung ist daher nicht an d i e Öffentlichkeit, an d i e Gruppe, an d e n unbestimmten Personenkreis der Beteiligten als eine über den einzelnen stehende Einheit gerichtet, sondern an den - unbestimmten - einzelnen selbst. Denn in der Person jedes einzelnen sollen die Rechtswirkungen der Erklärung eintreten. Der Erklärende will jedem aus dem unbestimmten Personenkreis seinen Rechtsfolgewillen kundtun.

Wenn jemand an eine Gruppe b e s t i m m t e r Gegner eine Willenserklärung abgibt, so ist kein Zweifel daran möglich, daß jeder einzelne dann Erklärungsgegner ist und daß die Anfechtbarkeit nicht g e n e r e l l bejaht oder verneint werden kann. Es müssen vielmehr in der Person jedes dieser einzelnen die bestimmten Voraussetzungen der §§ 119 ff vor-

1) Vgl. Manigk We.Wg. S. 316, 342; IheringsJ, 83 S. 40.
2) Vgl. Manigk We.Wg. S. 342 ff.; 317, 318.

liegen. Ein Geschäftsmann macht z.B. in der Versammlung eines Vereins, dem er angehört, den anwesenden Mitgliedern ein günstiges Sonderangebot [1]. Wollte man deshalb, weil ein anwesendes Mitglied den Geschäftsmann arglistig durch Täuschung zur Abgabe der Offerte bewogen hat, auch den übrigen gegenüber die Anfechtung zulassen mit der Begründung, daß der Täuschende kein "Dritter" sei, weil er zu der Gruppe, d e r gegenüber die Erklärung abgegeben wurde, gehöre?

Es liegt in diesem Beispiel nur eine Handlung vor, insoweit kann nur e i n e Willenserklärung vorliegen. Aber dieselbe Erklärung wendet sich an verschiedene Erklärungsgegner und wird dem Erklärenden seinem Willen entsprechend als eine Willenserklärung allen einzelnen gegenüber zugerechnet. Er hat im juristischen Sinne mehrere Willenserklärungen abzugeben und sich nur einer besonderen einheitlichen Abgabe- und Zugangsform bedient [1].

Nicht anders liegt es bei den Willenserklärungen, die gegenüber einem u n b e s t i m m t e n Personenkreis abgegeben werden.

So soll durch die Auslobung, für die das Gesetz, § 657, die öffentliche Bekanntmachung als Zugangsform zwingend vorschreibt, den unbestimmten einzelnen gegenüber ein bestimmter Rechtsfolgewille kundgegeben werden.

Die, wenn auch unbestimmten Gegner bedürfen jeder einzeln für sich im Vertrauen auf die Erklärung des gleichen Schutzes wie die oben erwähnten bestimmten Gegner.

Der "andere" und "dieser" im Sinne des § 123 Abs. 2 ist somit j e d e r einzelne. In seiner Person muß die Voraussetzung der Bösgläubigkeit gegeben sein.

"Dritter" bedeutet also nur die Negation des "anderen, diesen". Jeder ist somit seinerseits "Dritter" gegenüber dem "anderen".

1) Vgl. auch das Beispiel Manigks, We.Wg. S. 316.

Auf diese Weise gelangen wir allein zu einer gerechten Lösung.

Auch der Wortlaut steht nicht entgegen. Denn der Begriff des "anderen" enthält a l l e einzelnen; jedem gegenüber ist daher die Erklärung abzugeben gewesen. Da aber die Frage der Anfechtbarkeit nur gegenüber den konkreten einzelnen zu stellen ist, weil jeder für sich des Schutzes bedarf, ist es unerheblich, ob der täuschende "Dritte" auch zu den einezlnen des unbestimmten Personenkreises gehört.

Es mag hier auf den im Strafrecht[1] ausgebildeten, im Zivilrecht noch nicht genügend ausgewerteten Gedanken der Idealkonkurrenz hingewiesen werden.

Zwar handelt es sich bei uns nicht um die Frage, ob verschiedenartige Gesetze auf e i n Verhalten anzuwenden sind. Aber ebenso wie dort trotz Vorliegens einer Handlung im Sinne des realen Vorgangs in der Außenwelt eine mehrfache rechtliche B e w e r t u n g stattfindet, erfolgt hier eine rechtliche Bewertung der Willenserklärung als Erklärung gegenüber den bestimmten und, wie hier nachgewiesen wurde, unbestimmten vielen einzelnen.

Die äußere Handlungseinheit wird dem Erklärenden zugerechnet als eine Mehrheit von Willenserklärungen, nämlich gegenüber j e d e m einzelnen.

Es hat sich somit herausgestellt, daß das Anwendungsgebiet des § 123 Abs. 2, Satz 1 sich entgegen der h.M. auf alle bestimmt oder unbestimmt adressierten Willenserklärungen erstreckt.

Daher rechnen wir im Gegensatz zur h.M. insbesondere auch die Auslobung, die Schuldverschreibung auf den Inhaber[2] und die Stiftung zum Anwendungsge-

1) Vgl. die treffende Darlegung Mezgers, Lehrbuch d. Strafrechts, S.469 ff., und Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit 1925 S.3 Anm.7.

2) Vgl. hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 123 Abs. 2 richtig Manigk, We.Wg. S.326, Anm.446. Eine Anfechtung aus § 123 ist nur gegenüber dem ersten Nehmer der Urkunde zuzulassen. Über diese besondere Streitfrage vgl. v. Tuhr, S.621; Enneccerus-Lehmann, S.662; Crome, § 310,2; Plancks-Kommentar, § 793,2 c; Oertmann, § 796,3 a; Cosack-Mitteis, Bd.2, S.448 ff. ferner Manigk, Art. Rechtshandlungen, Hdwb. d. Rw.; vgl. auch Spielmann, Diss. Marburg, 1932, S.51.

biet des Satz 1 [1)2)3)].

Nur die Willensgeschäfte im Sinne Manigks, die mangels irgend einer Adresse keine Erklärungsgeschäfte sind[4)], fallen nicht unter Abs.2 Satz 1 wie überhaupt nicht unter den § 123.

Eine andere Frage ist es, welche Rechtsgeschäfte im einzelnen sich als Willensgeschäfte darstellen. Es kann nicht Aufgabe dieser Untersuchung sein, dieser Frage nachzugehen. Diesbezüglivh darf vor allem auf die eingehenden Untersuchungen Manigks[5)] verwiesen werden.

Inwieweit eine entsprechende Anwendung des §123 auf die nicht zu den Rechtsgeschäften, sondern zu den Rechtshandlungen im engeren Sinne gehörenden Mitteilungen[6)] in Betracht kommt, kann im Rahmen dieser Arbeit auch nicht näher erörtert werden. Diese Frage stellt keine Besonderheit des Abs. 2 dar, sondern ist ein allgemeines Problem des § 123.

---

1) Daß sogar § 130 auf diese Geschäfte Anwendung findet, dürfte Manigk überzeugend nachgewiesen haben. Vgl. We.Wg. S. 316 ff., 320 ff., 324 f.,328 f., IheringsJ. 83 S. 42, 47.

2) Für die Anfechtung des Testaments wegen arglistiger Täuschung, vgl. den umfassenden § 2078 Abs.2 vgl. dazu Kipp, Erbrecht 1928, § 22 zu Anm.13; Strohal, Das Deutsche Erbrecht 3.Aufl. I § 41; Leonhard, Kommentar zum Erbrecht, zu § 2078; Staudingers Kommentar Anm. V zu § 2078.

3) Erst recht kommt man zur Anwendung des § 123 Abs. 2 auf diese Gruppe von Rechtsgeschäften, wenn man sich mit Juhg, (vgl. Bürgerliches Recht § 138,204; IheringsJ. 69, 62; RG Festgabe III S.167) einer für alle diese Geschäfte geltenden Vertragstheorie anschließt. Nach Jung kommt man mit einem einheitlichen Entstehungsgrund für alle rechtsgeschäftlichen (nicht gesetzlichen) Forderungsrechte - nämlich den Vertrag (vgl. § 305) - durchaus aus. Bei der Auslobung nimmt Jung ein Vertragsanerbieten an, dessen Annahme "spätestens darin liegt, daß der Vollbringer der Handlung die Belohnung verlangt."

4) Vgl. insbesondere Manigk, We.Wg. S.450, IheringsJ. 83, S.87, 43.

5) Vgl. vor allem We.Wg. S.517 f.552, 553, ferner 237 f. 348 f.

6) Vgl. Manigk We.Wg. S.643, 652; Hdwb.d.Rechtw. Art. Rechtshandlungen; IheringsJ. 83, S.6 f., 18 f.

Bei Mitteilungen kommt nicht Anfechtung, sondern Richtigstellung mit Wirkung ex nunc in Betracht[1]. Allerdings ist zuzugeben, daß viele Gründe dafür sprechen, die Vorschrift des § 123 auf Mitteilungen zu übertragen, da es sich bei arglistiger Täuschung und Drohung um eine rechtswidrige Beeinflussung des Willens handelt und eine freie Handlung nicht mehr in vollem Maße gegeben ist[2]. Wenn es sich auch bei Rechtshandlungen um einen auf reiner Legalwirkung beruhenden Rechtserfolg handelt uhd nicht um "eigenrechtliche Selbstgestaltung" ( vgl. Manigk in IheringsJ. 83 S.9) des autonomen Privatwillens, so wäre doch daran zu denken, die Freiheit des Kundgebungswillens für die endgültige Zurechnung zu fordern[3]. Inwieweit in den Fällen eines typisierten Verhaltens[4] § 123 anwendbar ist, ist ebenso ein allgemeines Problem des § 123, über das, wie Manigk anregt[5], eine Sonderuntersuchung zu wünschen wäre.

1) Vgl. Manigk, We.Wg. S. 713, 739; IheringsJ. 83, S. 21, 24, 25, 26; Hildebrandt, Erklärungshaftung S. 142 mit Anm. 57.

2) Vgl. Motive S. 204 f.

3) Vgl. Manigk, Beiträge z. Wirtsch. R. S. 614 Anm. 44. Keinesfalls ist in dem besonderen Falle der Mitteilung gemäß § 171 BGB eine endgültige Zurechnung bei arglistiger Täuschung u. Drohung zuzulassen, da derartige Mitteilungen nicht selten bloß die äußere Form für die Vollmachtserteilung selbst darstellen und jedenfalls dem Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung außerordentlich nahe kommen. Vgl. hierzu Jung, Bürgerl. Recht S. 663. Brodmann ( Die Handelsgeschäfte in: Ehrenbergs Hdb. d. Handelsrechts IV, 2 S. 118) will sogar stets in der Mitteilung gemäß § 171 BGB die rechtsgeschäftliche Erklärung sehen, daß eine Vollmacht "noch und bis auf weiteres" gültig bestehe. Dagegen aber mit Recht Manigk, Beiträge z. Wirtsch. R. S. 606 Anm. 30 (im Falle des § 171 BGB ist auch eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Irrtumsanfechtung dringend geboten. Vgl. Manigk, a. a. O. S. 604 f.)

4) Vgl. dazu Manigk, Irrtum und Auslegung S. 151 f. 157, 256 ff., 274 f.; Reichsgerichtsfestgabe VI S. 197 f. Beiträge z. Witschaftsrecht, insbesondere S. 613 f. 658 f., 660, 661 Anm. 117, IheringsJ. 83, S. 78 f.; Schmidt-Rimpler, der Handlungsagent (Ehrenbergs Handbuch Bd. 5) S. 243 ff., insbesondere S. 247, Anm. 24, 250 ff.; Mosse-Heymann, HGB § 346 bei 4 u. 5 Grundsätzliches über die Typisierungsaufgabe des Rechts bei Merk, Veräußerlichung und Durchschnittlichkeit im Recht, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht Bd. 1 (1931) S. 88 ff., besonders S. 138 ff

5) In: Beiträge z. Wirtschaftsrecht S. 614 Anm. 44.

## II. T e i l .

## Der Begriff des "Dritten" in Abs.2 S.1.

Wir gelangen nunmehr zu der Frage, welche Personen unter dem Begriff des "Dritten" in § 123 Abs.2 S.1 fallen oder vielmehr: Welche Personen nicht darunter fallen. Denn auszugehen ist davon, daß "Dritter" in S.1 j e d e r ist außer dem Erklärenden und demjenigen, dem gegenüber die Erklärung abzugeben war. Es fragt sich nur, inwieweit eine Einschränkung möglich ist.

Das Reichsgericht[1] sieht grundsätzlich keine Möglichkeit einer Einschränkung und hält daran fest, daß "Dritter" jeder andere ist als Erklärender und Erklärungsempfänger.

Es hebt als Stütze neben dem Wortlaut des Gesetzes die Motive zum BGB[2] hervor, wo es heißt: "Ist die Freiheit der Willensentscheidung Voraussetzung der Gültigkeit der Willenserklärung, so kann es an sich keinen Unterschied machen, ob die rechtswidrige Beeinflussung von einem bei dem Rechtsgeschäft Beteiligten oder Unbeteiligten ausgeübt worden ist. Die strenge Durchführung dieses Grundsatzes führt indessen zu Härten, wenn bei einer Willenserklärung, welche gegenüber einer Person abgegeben werden mußte und abgegeben worden ist, die Beeinflussung von einem Dritten ausging, während der Empfänger der Willenserklärung bei der Beeinflussung nicht beteiligt war, auch dieselbe weder kannte noch kennen mußte."

Wenn hier im 2. Satz der "Dritte" dem Empfänger der Erklärung gegenüber gestellt wird, so läßt dies nach der Meinung des RG auf die übereinstimmende Auffassung der Motive in dieser Frage schließen.

S. 1 der Motive steht nach Ansicht des RG nicht entgegen. Hier wird der "Dritte" als ein "bei dem Rechtsgeschäft Unbeteiligter" gekennzeichnet im Ge-

1) Vgl. für die folgenden Ausführungen insbesondere RG 72, 136.
2) Bd. 1, S. 206.

gensatz zu dem "bei dem Rechtsgeschäft beteiligten" Nicht-Dritten. Die Worte "bei dem Rechtsgeschäft beteiligt" sind aber nach dem RG nicht etwa in dem weiten Sinn einer Beteiligung am Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts aufzufassen, sondern in dem engeren Sinn einer Beteiligung an dem Erklärungsvorgang selbst - nämlich als Empfänger der Erklärung.

Daß die Motive so aufzufassen seien, wird zwar bestritten [1]. Es wird dem RG Einseitigkeit zum Vorwurf gemacht, da es in willkürlicher Weise gerade auf S. 2 in den Motiven den Ton lege, während eine Betonung des S. 1 einen ganz anderen Sinn ergeben würde.

Demgegenüber ist zu sagen, daß der Wortlaut der Motive doch wohl mehr der Auffassung des Reichsgerichts entspricht, da gerade aus Satz 2 hervorgeht, was in Satz 1 gemeint ist[2]. Aber dennoch muß die enge Anlehnung des Reichsgerichts an den Wortlaut der Motive als verfehlt bezeichnet werden.

Denn aus dem Wortlaut der Motive geht ein argumentum e contrario für den Begriff des "Dritten" nicht zwingend hervor. Die Motive haben vielmehr bloß den typischen Fall des § 123 Abs. 2 Satz 1 im Auge und besagen nichts mehr als das Gesetz selbst. Auf den problematischen Begriff des "Dritten" lassen sie sich nicht näher ein. Gerade hier aber beginnt erst die Aufgabe von Wissenschaft und Rechtsprechung. Abgesehen davon haben die Motive ja nicht die Bedeutung einer authentischen Interpretation, und es scheint, als ob das Reichsgericht dies nicht immer genügend beachtet hat.

Aber auch das Reichsgericht erkennt dem dringendem Bedürfnis der Interessenlage entsprechend [3] eine Modifizierung seines Grundsatzes insofern an, als es den Vertreter dem Empfänger gleichstellt, d.h.

---

1) Insbesondere v. Riehl, Gruchots B. 60, S. 915; vgl. auch Lenz, Diss. Marburg, 1918 S. 51; Krause, Diss. Breslau 1932, S. 7, 18.

2) Ebenso auch Cohn, Empfangsbote, S. 139.

3) Vgl. hierzu insbesondere Müller-Erzbach, Iherings J. 73 S. 140, Archiv f. d. civ. Praxis 106, S. 439; vgl. auch Leonhard, Allgemeines Schuldrecht S. 453, 456.

ihn nicht als "Dritten" behandelt. Das Reichsgericht erblickt aber darin keine Unstimmigkeit gegenüber seiner grundsätzlichen Stellungnahme, vielmehr eine aus der besonderen Natur der Stellvertretung heraus gerechtfertigte Ausnahmebehandlung.

Im folgenden soll gezeigt werden, daß das RG in dieser Annahme fehlgeht, da die Stellvertretungslehre mit dem Problem des "Dritten" in § 123 Abs. 2 nichts zu tun hat, und daß die Lösung des Problems die Aufgabe der grundsätzlichen Stellungnahme des RG erforderlich macht.

Im weiteren sollen dann die verschiedenen in der Literatur vorgeschlagenen Wege, um zu einer grundsätzlichen interessegemäßen Einschränkung des Begriffs "Dritter" zu gelangen, kritisch erörtert und im Anschluß daran die Stellungnahme des Verfassers dargelegt werden.

Das RG stützt seine Entscheidung, daß der Vertreter nicht "Dritter" sei auf eine analoge Anwendung des § 166 Abs.1 BGB. Es geht dabei von dem Gedanken aus, die in § 166 Abs. 1 zu Anerkennung gelangte Repräsentationstheorie auch für die aktive Täuschung des Vertreters auszuwerten.

Es sei zunächst auf den Vertreter im strengen Sinne der §§ 164 ff. BGB, d.h. den rechtsgeschäftlichen Vertreter eingegangen und zwar den Vertreter mit Vollmacht zum Abschluß eines Vertrages.

In einer Entscheidung, bei der es sich um Abschlußvertretung handelt [1], führt das RG aus: Es sei zuzugeben, daß seine Behandlung als Nicht-Dritter sich im BGB "nicht gerade unmittelbar ganz deutlich ausgesprochen findet". Im Anschluß daran fährt dar RG fort: "Man kann aber schon an sich unter dem "Dritten" des § 123 Abs. 2 kaum eine Person mitverstehen, die selbst das betreffende Rechtsgeschäft abschließt, und jedenfalls drängt zur Abweisung einer solchen Auslegung die Analogie der Bestimmung des § 166 Abs.1 BGB, der freilich unmittelbar wohl nur die Seelenzustände eines auf der p a s s i v e n Seite handelnden Vertreters betrifft."

1) Vgl. RG 76,109.

Zu billigen ist an dieser Begründung nur, daß das RG nicht etwa folgendermaßen argumentiert: Da der Abschlußvertreter Empfangsvollmacht besitzt, ist die Erklärung der anderen Partei ihm gegenüber abzugeben, er ist (im Sinne der Repräsentationtheorie) als Empfänger der Erklärung anzusehen. Bloß die Wirkungen des Empfangs treten für den Vollmachtgeber ein. F o l g l i c h hat kein anderer als der, dem gegenüber die Erklärung abgegeben war, die Täuschung verübt, der Abschlußvertreter ist also nicht "Dritter".

Eine solche Begründung würde nämlich verkennen, daß es zur juristischen Identität des Täuschenden mit dem Erklärungsempfänger nicht genügt, wenn der Täuschende vertretungsweise Erklärungsempfänger ist, da er in seiner Eigenschaft als Täuschender von den Stellvertretungsvorschriften nicht mehr erfaßt wird.

Für das RG ist denn auch nur der Gedanke einer analogen Anwendbarkeit des § 166 Abs. 1 entscheidend.

Bevor auf dieses Problem eingegangen werden kann, muß darauf hingewiesen werden, daß die Entscheidung des RG, der Abschlußvertreter sei nicht "Dritter", nicht als ganz allgemein gültig aufgefaßt werden darf. Denn es kommt nicht selten vor, daß man sich eines Vertreters zum förmlichen Abschluß eines Vertrages bedient, etwa eines gerichtlich oder notariell zu beurkundenden Kaufvertrages über ein Grundstück (vgl. § 313 BGB), während der Inhalt des Vertrages bereits in allen Einzelheiten festgelegt ist und der Vertreter - wie dem anderen Teil erkennbar - zu nichts anderem als dem äußeren Abschluß bevollmächtigt ist. Entschließt sich nun der andere Teil, als es zum förmlichen Abschluß kommen soll, von dem Vertrage Abstand zu nehmen, und gelingt es dem Vertreter, durch arglistige Vorspiegelungen diesen Entschluß umzustoßen und den Abschluß herbeizuführen, so hat - wie auch das RG zugeben wird - doch wohl ein "Dritter" die Täuschung verübt, d.h. der Vertrag ist nicht ohne weiteres anfechtbar.

Ist nun eine analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB auf die aktive Täuschung des Abschlußvertreters zulässig?

Diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen.

§ 166 BGB steht in engem inneren Zusammenhang mit § 164 BGB. Es regelt nur die besondere Frage, ob die Person des Vertreters oder die des Vertretenen in Betracht kommt, "so weit die" - gemäß § 164 für den Vertretenen eintretenden - "rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden". Bei der aktiven arglistigen Täuschung des Vertreters handelt es sich aber nicht um die Beeinflussung von Rechtswirkungen, die gemäß § 164 eintreten, sondern um ein Verhalten außerhalb des Rahmens der rechtsgeschäftlichen Vertretung im Sinne des § 164. Die verübte Täuschung hat mit der Abschlußvollmacht und ihren Wirkungen gemäß § 164 BGB nichts zu tun[1].

Selbst ein Vertreter, der im Rahmen seiner Abschlußvollmacht arglistig Verbindlichkeiten für den Vollmachtgeber - etwa unter falschen Vorspiegelungen über dessen Leistungsvermögen - eingeht und so die andere Vertragspartei zur Übernahme von Gegenverpflichtungen bestimmt, ist insoweit, d.h. was die Täuschungshandlung selbst, losgelöst von der übernommenen Verbindlichkeit angeht, nicht Vertreter im Sinne des § 164. Die Fragestellung ist die, ob das arglistige Verhalten des Vertreters unmittelbar gegen den Vollmachtgeber wirkt, nicht wie rechtliche Wirkungen durch die arglistige Täuschung beeinflußt werden.

Man könnte die Frage etwa dahin formulieren, ob eine entsprechende Anwendung des § 164 auf die nicht rechtsgeschäftliche Verhandlungstätigkeit, insbesondere Werbe- und Auskunftstätigkeit des Abschlußvertreters geboten ist. Von einer solchen "Vollmacht" könnte auch die arglistige Täuschungshandlung im Rahmen der Verhandlungstätigkeit mit umfaßt werden, und zwar auch in ihrem subjektiven Merkmal der Arglist analog § 166 Abs. 1 BGB.

Diese Analogie nicht nur des § 166, sondern auch des § 164 BGB dürfte denn auch dem RG, wenn auch un-

1) Vgl. auch Titze, J.W. 1921, S. 623. Schmidt-Rimpler, in Hdwb. d. ges. Handelsrechts 5. Bd. 1. Abt. 1. Hälfte (1926) S. 251; Kiehl in Gruchot, Beiträge Bd. 63 S. 259, 260.

klar, vorgeschwebt haben. Die charakteristische Stellungsnahme des RG liegt meines Erachtens nicht in der analogen Anwendung des § 166 Abs. 1, sondern in der weiten Fassung des "Vertreter"begriffs bei der Frage der Anwendbarkeit § 123 Abs. 2 Satz 1. Um zu einer billigen Entscheidung zu gelangen, beschränkt das RG den Begriff der "Vertretung" nicht auf das rechtsgeschäftliche Handeln, sondern bezieht das rein tatsächliche Mitteilungsverhalten darin ein.

Zu diesem weiten Vertreterbegriff greift das Reichsgericht auch in sonstigen Entscheidungen, bei denen es nicht um die Frage der Anwendbarkeit des § 123 Abs. 2 Satz 1 geht, so z.B. in RG 58,S.343 f.[1] Dort handelt es sich um einen Vertreter,bei dem das RG es dahingestellt sein läßt, ob er bloß "eine Reihe von Angaben rein tatsächlicher Art" nach seiner Kenntnis zu machen oder daneben auch eine Willenserklärung abzugeben hatte. In jedem Falle betrachtet ihn das RG als "Vertreter" und wendet auch den Gedanken des § 166 Abs. 1 wie überhaupt den Gedanken der Repräsentationstheorie auf ihn an. Wörtlich heißt es: "Der dem § 166 Satz 1 BGB und den gleichartigen Vorschriften des älteren Rechts zugrunde liegende Gedanke muß daher auch hier zur Geltung kommen. Aus der rechtlichen Natur der Vertretung im eigentlichen Sinne dieses Wortes folgt, daß, wenn der Vertreter seinen Willen zu erklären hatte, auch die Mängel eben dieses Willens maßgebend sind, ebenso aber auch,daß, wenn er tatsächliche Angaben nach seiner Kenntnis zu machen hatte, die subjektive Unwahrheit derselben, wie sie sich überhaupt nur aus seiner Person bestimmen kann, so auch nur in dieser Gestalt rechtliche Bedeutung hat. Der Vertreter ist der Erklärende und Handelnde; nur die r e c h t l i c h e n F o l g e n kommen in der Person des Vertretenen zur Entstehung".

Aber auch in dieser Entscheidung spricht das RG bezeichnender Weise nicht von einer entsprechenden Anwendung des § 164 BGB und läßt die Klarheit darüber vermissen, wie es die Anwendung des Gedankens des § 166 BGB, der doch an § 164 BGB anknüpft, rechtfertigt.

1) Vgl. insbesondere S. 346, 347.

Eine entsprechende Anwendung der §§ 164 ff. BGB auf nichtrechtsgeschäftliches Handeln ist schon grundsätzlich unzulässig, da diese Vorschriften ihrem Wesen nach ausschließlich auf die rechtsgeschäftliche Vertretung zugeschnitten sind und eine Ausdehnung im Wege der Analogie nicht vertragen [1].

Aber abgesehen hiervon ergäbe eine entsprechende Anwendung des § 164 keinen rechten Sinn.

Denn worin sollten normalerweise, wenn man von Willensmängeln und subjektiven Merkmalen wie schuldhaftem Verhalten absieht, die in der Person der "Vertretenen" eintretenden Rechtswirkungen bestehen?

Hat ein Abschlußvertreter, um einen Abschluß und insbesondere einen möglichst günstigen Abschluß herbeizuführen, auch eine geschickte nichtrechtsgeschäftliche Tätigkeit zu entfalten, so geschieht diese zwar im Interesse des Geschäftsherrn, dessen Belange der Abschlußvertreter an Stelle des Geschäftsherrn "vertritt". Der Geschäftsherr ist diesbezüglich ganz auf seinen Vertreter angewiesen, von der Tätigkeit des Vertreters hängt der wirtschaftliche Erfolg für den Geschäftsherrn ab. Aber es handelt sich eben insoweit nur um eine wirtschaftliche Vertretung, die sich zu Gunsten oder Ungunsten des Geschäftsherrn auswirken kann. Irgendwelche für oder gegen den Geschäftsherrn eintretende Rechtswirkungen kommen bei dieser "Vertretung" normalerweise nicht in Betracht.

Es kann sich aber bei der Frage einer entsprechenden Anwendung des § 164 BGB nur darum handeln, ob das Auftreten im Namen eines anderen R e c h t s wirkungen für diesen normalerweise hervorruft.

Ist somit eine entsprechende Anwendung des § 164 BGB nicht möglich, so entfällt damit auch die entsprechende Anwendbarkeit des § 166 BGB, da die Vorschrift des § 166 ohne Beziehung zu § 164 ihren Sinn verliert.

Dies hat das RG meines Erachtens nicht genügend beachtet.

---

1) Vgl. Manigk, Anwendungsgebiet, S. 297 ff., insbesondere 214, 355, 361; We. Wg. S. 667 ff., insbesondere S. 674 IheringsJ. 83, S. 22. Beitretend v. Tuhr, Allgem. Teil II, 2, S. 371,

Daß der verallgemeinernde Sprachgebrauch [1] des Lebens auch hier noch von "Vertretung" spricht, hätte das RG nicht verleiten dürfen, § 166 BGB auf einen solchen "Vertreter" anzuwenden. Gerade bei dem Ausdruck "Vertreter" ist eine reinliche Scheidung zwischen dem allgemeinen Sprachgebrauch des Lebens und dem spezifisch juristischen Begriff dringend zu fordern. Es erscheint daher auch angezeigt, für das nicht rechtsgeschäftliche Auftreten einer Mittelsperson nicht den Ausdruck "Vertreter", sondern nur "Vertragsgehilfe" zu gebrauchen.

Es hat sich also gezeigt, daß der Ausschluß des Abschlußvertreters von dem Begriff des "Dritten" in § 123 Abs. 2 Satz 1 aus der Stellvertretungslehre heraus nicht zu begründen ist. Das Problem des Dritten hat mit § 166 BGB nichts zu tun.

Es verhält sich mit dem Problem des "Dritten" nicht anders wie mit der Frage, ob die vom Vertreter begangene arglistige Täuschung den Vertretenen zum Schadensersatz verpflichtet. Daß diese Frage nicht in den Bereich des § 166 BGB gehört, hat das RG bereits mehrfach zugegeben [2]. In den betreffenden Entscheidungen wird im Widerspruch zu der Stellungnahme des Reichsgerichts zum Problem des "Dritten" und insbesondere zu den Ausführungen in RG 58, S. 346, 347 anerkannt, daß bloße Angaben, für die eine "Haftung" durch den Vertrag selbst nicht übernommen ist", nur als "tatsächliche Behauptungen", nicht als Willenserklärungen, sondern als "Wissenserklärungen" [4] auf-

---

1) Vgl. hierzu Ryba, Diss. Breslau, 1928, S. 3, 4.

2) Vgl. RG 61, 207 ff., insbesondere 210 bis 212; 73, 436; 96, 177 ff., insbesondere 180; anders dagegen RG 83, 244 u.a. In RG 63, 146 ff. wird der verfehlte Versuch unternommen, mit einer stillschweigenden vertraglichen Übernahme der Haftung für die Arglist des Geschäftsvermittlers zu helfen. Vgl. darüber Riehl, Gruchots B. 60, S. 925 f. Über den Gegensatz von RG 61, 210 f. zu RG 83, 244 vgl. Strucksberg in LZ 1914, S. 1523.

3) Zustimmend Enneccerus-Nipperdey, § 169 Anm. 7 im Gegensatz zu § 169 Anm. 7 der Vorauflage.

4) Die Gegenüberstellung von Willens- und Wissenserklärungen kann irreführen. Jede Willenserklärung ist zugleich Wissenserklärung. Vgl. Manigk, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 26 (1933), insbesondere S. 365, Iherings J. 83, S. 55 oben und A. 1.

zufassen seien, die von den Vorschriften der §§ 164, 166 BGB nicht erfaßt würden. "Aus der Stellung der §§ 164 f. in dem Abschnitt "Rechtsgeschäfte"und aus seinem Wortlaut" ergebe sich, "daß diese Bestimmung nur den Grundsatz der unmittelbaren Stellvertretung für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen"ausspreche, und die Bestimmung des § 166 BGB habe "nur die für die Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung in Betracht kommenden Willensmängel im Auge."

Es wäre zu wünschen, daß das RG von diesen richtigen Erwägungen ausgehend, seine Stellungnahme zum Problem des "Dritten" in § 123 Abs 2 einer Nachprüfung unterzieht und zwar auch für die Abschlußvertreter, so unstreitig diese Frage im praktischen Ergebnis auch sein mag.

Bei einer solchen Nachprüfung dürfte auch das RG zu dem Ergebnis gelangen, daß eine aus der besonderen Natur der Stellvertretung gerechtfertigte Ausnahmebehandlung selbst beim Abschlußvertreter nicht möglich ist und daß für eine befriedigende Lösung die Aufgabe der grundsätzlichen Stellungnahme:"Dritter" im Sinne des § 123 Abs. 2 Satz 1 sei jeder andere als der Erklärende und Erklärungsempfänger unumgänglich ist.

Bevor nun auf die Frage eingegangen werdenkann, wie eine umfassende grundsätzliche Stellungnahme zu dem Problem des "Dritten" in § 123 zu gewinnen ist, soll zunächst dargestellt werden, wie das RG den Ausschluß anderer Personen als des Abschlußvertreters aus dem Begriff des "Dritten" rechtfertigt.

Das RG läßt auch hier vielfach eine klare und genaue Formulierung seiner Stellungnahme vermissen. Trotzdem aber dürfte aus den verschiedenen Entscheidungen ein einheitliches Prinzip herauszulesen sein, das den Schlüssel zum Verständnis der einzelnen Entscheidungen bietet.

Das RG schließt diejenige Mittelsperson von dem Begriff des "Dritten" aus, bei der eine wirtschaftliche "Vertretung" in vollem Umfange oder doch überwiegend vorliegt. Der "Vollmacht"geber muß hinter

dem "Vertreter" vollkommen zurücktreten die entscheidende Tätigkeit muß in die Hand des "Vertreters" gelegt sein; er muß die "maßgebenden","eigentlichen" Vertragsverhandlungen führen[1]; die andere Partei muß sich beruhigt sagen können, sie dürfe auf die Erklärungen des "Vertreters" vertrauen. Den Gegensatz bilden die Fälle, in denen der "Vertreter" nur zu beschränktem Handeln, etwa zu bloßer einleitender Vorbereitungstätigkeit bestellt ist und der Vollmachtgeber sich die entscheidende Tätigkeit vorbehält,so daß die verhandelnde Gegenpartei sich sagen muß,das Schwergewicht der Verhandlungen liege beim Geschäftsherrn (des Vertreters), auf dessen Erklärungen allein ein Verlaß sei.

Deshalb ist nach Ansicht des RG[2] der Vermittlungsmakler[3] stets als "Dritter" anzusehen.Also nicht nur, wenn er - wie regelmäßig der Handelsmakler(vgl. § 98 HGB)[4] - unparteiisch zwischen den Parteien steht, sondern auch, wenn er die Interessen nur einer Partei vertritt. Letzteres trifft gewöhnlich beim Zivilmakler[5] und ausnahmsweise beim Handelsmakler zu, wenn er deutlich erkennbar als Interessenvertreter bloß einer Partei auftritt[6]. Denn die Tätigkeit des Maklers ist normalerweise gerade darauf abgestellt, die beiden Parteien in unmittelbare Beziehungen zueinander zu bringen und sich auszuschalten.Er selbst spielt in der Beziehung der Parteien zueinander nur eine unwesentliche, vorübergehende Rolle.Seine Tätigkeit weist von ihm fort zu der Partei hin, die hin-

1) Vgl.insbesondere RG in JW.1921,S.623; RG 101,98 (=JW. 1921, S. 392).
2) Vgl. insbesondere RG 101, 97.
3) Vom Nachweismakler des BGB (§ 652)gar nicht erst zu reden.
4) Vgl. auch von Gierke,Handelsrecht. S.156,159;Heymann, in Ehrenbergs Handb. V,1. Abteilung,1.Hälfte, S.391, 392.
5) Vgl. Ennecceru s, I,2, § 378, I V; Heymann, a.a.O. S. 395, Anm. 37.
6) Vgl. Heymann, a.a.O. S. 391, 392.

ter ihm steht. Die Partei, mit der er auf Grund des erteilten Auftrags verhandelt, weiß, muß wenigstens wissen, daß der Auftraggeber selbst die entscheidende Rolle bei dem ganzen Geschäft spielt und nicht nur der "formelle" Abschluß, sondern die Verantwortlichkeit für alles, was zum Geschäft gehört, also auch für die Verhandlungen usw., die zum Geschäft geführt haben, in seiner Hand liegt.

Ebenso ist der Vermittlungsagent des HGB (vgl. §§ 84, 85 HGB) dann als "Dritter" anzusehen, wenn der Kunde es in der Hauptsache mit der Geschäftsfirma selbst zu tun hat, so, wenn die Tätigkeit des Vermittlers "über bloß vorbereitende Verhandlungen nicht hinausgegangen ist" und "die eigentlichen Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien selbst stattgefunden haben" [1].

In einem solchen Fall tritt der Vermittler nicht vollkommen an die Stelle des Geschäftsherrn. Hier weiß der Kunde oder muß er wissen, daß es im wesentlichen und Entscheidenden nur auf die unmittelbar mit der Geschäftsfirma gepflogenen Verhandlungen ankommen könne und daß er sich bei der zuständigen Stelle, nämlich der Geschäftsfirma vergewissern müsse, ehe er sich durch die Angaben des Vermittlers zum Vertragsschluß bestimmen lasse. Es muß aber als unzutreffend bezeichnet werden, wenn in Kommentaren und Lehrbüchern behauptet wird, der Vermittlungsagent sei nach Ansicht des RG stest als "Dritter" anzusehen.

Führt der Vermittlungsagent "die maßgebenden Verhandlungen", so ist er nicht als "Dritter" zu behandeln, wie das RG ausdrücklich hervorhebt [2] und praktisch durchführt, wenn auch nicht immer mit einwandfreier theoretischer Begründung [3].

Ja, man darf so weit gehen und sagen, daß der Vermittlungsagent vom Standpunkte des RG aus [4] prak-

1) Vgl. die Entscheidung des RG in JW. 1921, S. 623.
2) Vgl. RG in JW. 1921, S. 623.
3) Vgl. insbesondere RG 72, S. 133 ff. und die Kritik von Riehl, Gruchot, 60, S. 915 f.
4) Vgl. hierzu auch RG 30, S. 214 ff., insbesondere S. 217 und RG 51 S. 147 ff., insbesondere S. 150 f.

tisch in den meisten Fällen nicht als "Dritter" zu betrachten ist.

Denn die Tätigkeit des Vermittlungsagenten[1] besteht gewöhnlich darin, daß er den Kunden auffordert und dazu anregt, seinerseit dem Geschäftsherrn Angebote zu machen. Aber es soll dem Publikum der direkte Verkehr mit dem Geschäftsherrn erspart werden, und so wird regelmäßig das Angebot des Kunden dem Vermittler gegenüber abgegeben, wobei es sich nur fragt, ob als Empfangsbevollmächtigten oder als Empfangsboten. Lediglich die Annahmeerklärung gelangt unmittelbar vom Geschäftsherrn an den Kunden, falls der Geschäftsherr sich des Vermittlers nicht als Boten, oder gar ausnahmsweise als Stellvertreters bedient. Der Kunde hat es also bis zu dem entscheidenden Entschluß der Abgabe des (nach § 145 BGB für ihn bindenden) Vertragsangebots nur mit dem Vermittlungsagenten zu tun. Der Vermittler spielt also die entscheidende Rolle für den Kunden, tritt also für ihn a n  d i e  S t e l l e  d e s  G e s c h ä f t s h e r r n . Es ist dem Kunden, falls nicht besondere Umstände vorliegen, nicht zuzumuten und oft gar keine Gelegenheit gegeben, sich beim Geschäftsherrn über die Glaubwürdigkeit der einzelnen für ihn entscheidenden Angaben zu vergewissern. Auf diese Weise würde der wirtschaftliche Sinn und Zweck einer solchen Vermittlungstätigkeit geradezu illusorisch werden.

Ja, vom Standpunkte des RG aus[2] ist die Eigenschaft des "Dritten" beim Vermittlungsagenten selbst dann zu verneinen, wenn der Kunde das Vertragsangebot unmittelbar der Geschäftsfirma gegenüber abgibt, also der ganze Vertragsabschluß, nicht nur die Vertragsannahme unmittelbar zwischen den Parteien erfolgt. Voraussetzung ist nur, daß die maßgebenden Verhandlungen von dem Vermittlungsagenten als Hauptinteressenvertreter der Geschäftsfirma geleitet wurden und der Kunde sich auf diese Verhandlungen der Firma gegenüber beruft oder diese jedenfalls erkennen mußte, daß das Angebot auf der Grundlage solcher

1) Vgl. zu dem Folgenden insbesondere Schmidt-Rimpler, a.a.O. S. 219 f.; Cohn, a.a.O. S. 123 ff.

2) Vgl. hierzu RG 30 S. 28 ff.

Verhandlungen erfolgt ist.

Erst recht ist, wenn man von dem "Vertreter"-gesichtspunkt des RG ausgeht, der Vermittlungsagent dann nicht als "Dritter" zu behandeln, wenn seine wirtschaftliche "Vertreter"stellung soweit geht, daß das RG bei ihm - was die rechtsgeschäftliche Seite der Verhandlungstätigkeit angeht - Folgen eintreten läßt, die sich sonst nur beim Abschluß-Vertreter ergeben, und ihn durch den vom RG[1] geprägten Ausdruck "Verhandlungsvollmacht" von den nichtrechtsgeschäftlichen Vertretern im gewöhnlichen Sinne abhebt.

Der Ausdruck "Verhandlungsvollmacht" ist schlecht gewählt. Besser wäre schon "Vertragsergänzungsvollmcht[2]". Aber es ist unklar und verfehlt, hier überhaupt von "Vollmacht" zu sprechen, und es zeigt sich gerade hier wieder, daß das RG mit den Begriffen "Vertretung", "Vollmacht" nicht immer glücklich operiert.

In der oben zitierten RG-Entscheidung, die zum ersten Male den Begriff "Verhandlungsvollmacht" verwendet, handelt es sich um einen Rechtsstreit, in dem eine Ehefrau den Gegenkontrahenten an ihren Mann verwiesen hatte mit dem Bemerken, er möge sich nur an ihn halten, was der erkläre, und mit ihm abmache, solle ihr recht sein[3]. Wenn auch die Ehefrau die Entscheidung über den endgültigen Abschluß des Vertrages durch Annahme des Vertragsangebots sich selbst vorbehalten hatte, so sollte sie doch durch Nebenabreden des Ehemanns, wenn sie sich einmel zum Abschluß des Geschäfts entschloß, auch bei Unkenntnis dieser Abrede schrankenlos gebunden sein, so daß auch eine Anfechtung wegen Irrtums über den Inhalt ihrer Annahmeerklärung[4] nicht zuzulassen war.

Daß diese endgültige Bindung auch beim rechtsgeschäftlichen, mit Abschlußvollmacht versehenen Vertreter eintritt, läßt aber nicht den Schluß zu, daß es sich auch in sonstigen Fällen, in denen diese Bindung eintritt, um eine Art "Vollmacht" handelt.

1) Vgl. RG Warn.Rspr. 1912, Nr. 198.
2) So der Vorschlag Riehls, a.a.O. S. 923.
3) Vgl. zu diesem Fall auch RG im Recht 1912, Nr. 1132.
4) Hier wäre § 122 BGB zu beachten!

Vielmehr ergibt sich die endgültige Bindung m. E. auf folgendem Wege[1]:

Auszugehen ist davon, daß, wenn der Vermittlungsagent im Rahmen seiner Tätigkeit Nebenabreden wie Bedingungen, Verklausulierungen etc. mit dem Kunden trifft und davon dem Geschäftsherrn keine oder keine wahrheitsgemäße Mitteilung macht, so daß dieser in Unkenntnis darüber bleibt, der Antrag des Kunden dem Geschäftsherrn gegenüber, so wirkt, wie er dem Vermittlungsagenten gegenüber abgegeben wurde. Entscheidend für die Auslegung (vgl. §§ 133, 157 BGB ) sind die zwischen Vermittlungsagenten und Kunden geführten Verhandlungen.

Erklärt sich nun der Geschäftsherr mit dem Abschluß des Geschäfts einverstanden, ohne von den Nebenatreden Kenntnis zu haben, so ist diese Annahmeerklärung im Sinne eines Einverständnisses auch mit den getroffenen Nebenabrden auszulegen, falls nicht etwa der Geschäftsherr den ihm falsch übermittelten Antrag so wiederholt, daß offener Dissens vorliegt (§ 154 Abs. 1 BGB).

Nun stände aber dem Geschäftsherrn[2] die Möglichkeit einer Anfechtung wegen Irrtums über den Inhalt seiner Annahmeerklärung offen[3]. Diese Anfechtung ist aber ausgeschlossen, wenn er[4] "unbesehen", im "allgemeinen Vertrauen" auf die Verhandlungstätigkeit des Agenten in alles eingewilligt,wenn er sich "generell", allen etwaigen Vereinbarungen unterworfen hat. Soweit der Geschäftsherr über den Inhalt seiner Annahme materiell nichts gedacht hat, konnte er auch nicht über ihn irren. Daß die Ehefrau aber in dem oben erwähnten Beispiel sich den von ihrem Mann getroffenen Abreden auch noch im Zeitpunkt der Annahmeerklärung blindlings unterworfen hatte, war aus ihrer Bemerkung zu schließen. Im übrigen kam es entscheidend auf die innere Tatsache ihrer Willens-

1) Vgl.zum folgenden auch Schmidt-Rimpler,a.a.O. S. 225 f.und Düringer-Hachenburg a.a.O.§ 84 A.26

2) Ohne Rücksicht auf ein Verschulden.

3) Allerdings mit der Maßgabe des § 122 BGB.

4) Vgl. zum folgenden die auch hier auszuwertenden Ausführungen von Manigk,Irrtum u.Auslegung, insbesondere S.140 f.

richtung an[1] und nicht auf die in der Bemerkung liegende Erklärung, die nach dem RG eine Art "Vollmachts"-Erklärung darstellt.

Eine solche Willensrichtung des Geschäftsherrn bei der Annahmeerklärung wird man aber nur unter besonderen, außergewöhnlichen Umständen annehmen können. Das RG geht in der Versagung der Anfechtungsmöglichkeit m.E. zu weit[2], da es den Begriff der stillschweigenden Erklärung[3] oft an unzutreffender Stelle verwendet[4].

War bisher vom Vermittlungsagenten des HGB die Rede, so ist im folgenden noch auf die besondere Stellung des Vermittlungsagenten gemäß dem Versicherungsgesetz von 1908 einzugehen. Es handelt sich bei diesem zwar auch um einen Vermittlungsagenten im Sinne der §§ 84, 85 HGB, aber es sind ihm durch "legale Typisierung"[5] bestimmte "Vollmachten"[6] verbunden mit einer erhöhten Vertrauensstellung eingeräumt. Macht er sich im Rahmen seiner Tätigkeit einer arglistigen Täuschung schuldig, so trägt das RG[7] überhaupt kein Bedenken, die Eigenschaft des "Dritten" im Sinne § 123 Abs. 2, S. 1 bei ihm zu verneinen, da er dem Publikum gegenüber weit mehr als bei gewöhnlicher

---

1) Vgl. hierzu Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 142.

2) Vgl. RG 30,27 ff.; 30,214 ff.; 51,147 ff.

3) Vgl. hierzu Manigk, We.Wg. S.214 ff., 295 f., Irrtum und Auslegung S.268 f. Beitretend auch Schmidt - Rimpler, a.a.O. S.219 A.6, 222 A.10.

4) Richtig Riehl, a.a.O. S.924 f., 927 f., der allerdings eine "Verhandlungsvollmacht" ("Vertragsergänzungsvollmacht") grundsätzlich anerkennt.

5) Vgl. hierzu die oben S.20 A.4 zit. Stellen, insbesondere Beiträge zum Wirtschaftsrecht S.626, 627.

6) Vgl. §§ 43, 47 V.V.G.

7) Vgl. insbesondere RG in JW. 1928 S. 1740, 1741 (mit grundsätzlich zustimmender Kritik von Ehrenberg daselbst zu 21,1., Josef in JW. 1928 S.2975) und D.R.Z. Rechtsprechung 1930 Nr. 187. Vgl. hierzu auch RG 46 S. 185 ff. insbesondere S. 189, 190; Gruchot, 54, S. 426 ff.; JW. 1904, S.232; RG 73, S. 302; 104 S. 346; 111 S. 315.

"Vertretung" an die Stelle des Geschäftsherrn tritt[1]. Das RG hält es deshalb gar nicht für nötig, zur Begründung seiner Ansicht die Analogie des § 166 Abs. 1 BGB anzuführen. Aber für das RG ist auch hier und zwar in erhöhtem Maße der Gedanke der "Vertretung" - wenn auch nicht im rechtsgeschäftlichem Sinne - maßgebend[2]. Wörtlich führt das RG aus[3]:

"D i e i h m v o n d e r G e s e l l s c h a f t d e m P u b l i k u m g e g e n ü b e r z u g e w i e s e n e Aufgabe besteht eben darin, f ü r s i e mit diesem den unmittelbaren mündlichen Verkehr zu pflegen und den Versicherungsnehmern die erforderliche Belehrung und Aufklärung über den Inhalt und die Bedeutung der Versicherungsbedingungen und die sonstigen Anforderungen der Gesellschaft zu gewähren. Der Versicherungsnehmer darf und muß in dieser Beziehung dem Agenten vertrauen, und die Gesellschaft muß insoweit für dessen Erklärungen einstehen und die Verantwortung tragen. Das ist nicht nur ein Gebot von Treu und Glauben, sondern folgt auch aus dem rechtlichen Verhältnis des Agenten zur Gesellschaft."

Die erhöhte Bedeutung, die dem Vermittlungsagenten des VVG im Verkehr mit dem Publikum zukommt, beruht auch im folgenden;

"Während es für den Warenkaufmann neben der Anlage von Agenturen und dem direkten Verkehr noch zahlreiche andere Mittel gibt, mit dem Publikum in Verbindung zu treten, z.B. Reisende, Kommissionäre, Handlungsbevollmächtigte aller Art, ist im Versicherungsgewerbe der Agent rechtstatsächlich fast die einzige Möglichkeit für den Versicherer, den Versicherungsnehmern näher zu treten, nicht selten auch die einzige Reklame, welche von der Gesellschaft ausgeht. Endlich hat der Agent im Versicherungsgewerbe

1) OLG Hamburg in LZ.1844 und in ROLG 22,133 ff. geht sogar so weit, ihm die Stellung eines "Organs" innerhalb der Organisation der Versicherungsgesellschaft zuzuschreiben. Vgl. auch OLG Kassel in Rechtsprechung Bd.17,S.45. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Vgl. auch Hager-Bruck, Vorbem. zu §§ 43-48 bei 6.

2) Vgl. hierzu auch Cohn, Empfangsbote S.148,149.

3) Vgl. RG in JW.1928 S.1741 in Verbindung mit RG 46 S.190 und den oben in Anm.7 zitierten Entsch.

auf das Zustandekommen und die Abwicklung des Vertragsverhältnisses deshalb einen größeren Einfluß als der Warenagent, weil beim Warenkauf der Käufer in der Regel die Leistung seines Gegenkontrahenten genau kennt und daher weiß, was er von ihm zu fordern hat. Der Versicherungsnehmer dagegen ist im Durchschnitt über den Umfang der Leistung seines Gegners recht schlecht orientiert. Selbst der Gewerbetreibende wird selten Zeit und Lust haben, die meist stark verklausulierten, weitschweifigen allgemeinen Versicherungsbedingungen zu studieren. Es ist daher für ihn von allergrößter Wichtigkeit, daß der Agent ihm Aufschluß über die Summe der Rechte und Pflichten gibt, die für ihn aus dem Vertragsverhältnis entstehen [1]".

Damit dürfte die Stellungnahme des RG zu den Hauptproblemen des "Dritten" klargestellt und damit zum erstenmal der Nachweis erbracht sein, daß die Stellungnahme des Reichsgerichts zu dem ganzen Problem des "Dritten" trotz mancher Unklarheiten von einer doch einheitlichen Linie beherrscht wird:

"Dritter" im Sinne des § 123 Abs. 2 Satz 1 ist nach dem RG j e d e r andere als der Erklärende und Erklärungsempfänger. Eine Einschränkung des Begriffs "Dritter" hält grundsätzlich das RG für nicht möglich. Eine Ausnahme erkennt es nur für den "Vertreter" "aus der besonderen Natur der Stellvertretung" heraus an. Unter "Vertreter" sind eben alle

1) Vgl. Cohn S. 141. Auf die Beweisführung Cohns (S. 140 ff. insbesondere S. 151 ff.), daß sich die wirtschaftliche Stellung des Vermittlungsagenten der VVG-wie die des Vermittlungsagenten überhaupt- rechtlich als die eines Empfangsboten "mit erweiterter Empfangsboten-Ermächtigung" darstellt, kann hier nicht eingegangen werden. Meines Erachtens dürfte es sich in der Regel eher um Empfangsvollmacht handeln. Vgl. die bei Cohn S. 144 A. 100 und S. 124 A. 55 angeführte Literatur sowie Schmidt-Rimpler, a.a.O. S. 219. Zum Begriff des "Empfangsboten mit erweiterter Empfangsbotenermächtigung" vgl. auch die Kritik von Asch in JW. 1930 S. 1293. Das RG spricht vom Vermittlungsagenten des VVG immer nur als eines "Vertrauensmannes der Gesellschaft" (Vgl. insbesondere RG 46 S. 189, 190; JW. 1904 S. 232).

diejenigen Mittelspersonen zu verstehen, die im Verkehr mit dem Publikum in vollem oder doch überwiegendem Maße den Geschäftsherrn ersetzen.

Daß jedoch mit der Lehre von der Stellvertretung dem Problem des "Dritten" grundsätzlich nicht beizukommen ist und daß anstelle des vom RG [1] aufgestellten Grundsatzes eine auch die "Ausnahme"behandlung des "Vertreters" umfassende Regel treten muß, wurde oben dargelegt.

Es fragt sich nunmehr, wie eine umfassende Stellungnahme zu dem Problem des "Dritten" in § 123 Abs. 2 zu gewinnen ist.

Verschiedentlich wird versucht, ohne Heranziehung weiterer Gesetzesstellen auszukommen und das Problem des "Dritten" im Wege gewöhnlicher Auslegung unter Betonung des Billigkeitsgesichtspunktes zu lösen. Es wird die Ansicht vertreten, mit dem Wortlaute des Gesetzes stehe es durchaus im Einklang, unter einem "Dritten" nur einen "beim Zustandekommen des Geschäftes Unbeteiligten" zu verstehen oder mit anderen Worten eine Person, die "an dem Rechtsgeschäft in keiner Weise beteiligt", die "an dem Gesamttatbestand des Geschäfts unbeteiligt" sei [2].

Dem ist jedoch zu entgegnen, daß eine derartig enge Auslegung wohl schwerlich dem Wortsinn "Dritter" gerecht wird und nur dann in Frage kommen kann, wenn sich für sie aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen eine Stütze ergibt.

Aber abgesehen hiervon fehlt es bei den betreffenden Formulierungen an einer genügend scharfen und klaren Abgrenzung und dürfte eine so enge Auslegung nicht mehr einer billigen und gerechten Abwägung der beteiligten Interessen entsprechen. M.

---

1) Beitretend insbesondere RGR-Kommentar § 123 A.4, Planck-Flad, § 123 III a; Planck-Oegg, vor § 652 A. 4 a, Soergel, Kommentar § 123 A.I.2; Düringer-Hachenburg, HGB Bd. 4 S. 151 Anm.188; Dernburg, Bürgerl.Recht I § 147 A.15; zweifelnd Oertmann, Kommentar § 123 B.3 b.

2) Vgl. v.Tuhr, II 1 S.616; Enneccerus-Nipperdey § 162 A.14; Riehl a.a.O.S.915; Staudinger-Riezler, I § 123 IV 6 b; Lenz, a.a.O. S.51 Vgl.auch Hildebrandt, Erklärungshaftung S.282; Ryba, Diss.Breslau 1928, S. 16.

E. hat das RG insofern durchaus das Richtige getroffen, wenn es z.B. den Makler und einen solchen Vermittlungsagenten, der bloß eine einleitende, unmaßgebliche Verhandlungstätigkeit entfaltet,als "Dritten" behandelt. Die gegenteilige, meist nicht ganz deutlich ausgesprochene Auffassung der betreffenden Autoren[1] stellt m.E. eine zu einseitige, übertriebene Interessenberücksichtigung des Publikums dar, dem gegenüber die Geschäftsfirma ihre Mittelsperson tätig werden läßt.

Deshalb ist auch die Ansicht Titzes[2] und Ostwalds[3] als zu weitgehend abzulehnen[4].

Titze führt aus, daß von dem Begriff des "Dritten" grundsätzlich jeder auszuschließen sei,"der im Interesse der Partei und mit deren vorheriger oder nachträglicher Billigung an den Geschäftsverhandlungen teilnimmt und dabei betrügerische Angaben macht, die mit den gepflogenen Verhandlungen in inhaltlichem Zusammenhang stehen". Auf die Führung von "maßgebenden Vertragsverhandlungen" dürfe es nicht ankommen, vielmehr genüge es, wenn die von der Mittelsperson begangene Täuschung für die Erklärung kausal geworden sei. Diese Auffassung finde auch eine Stütze an dem dem § 278 BGB zugrundeliegenden Gedanken. Es müsse verlangt werden, daß jede Partei in Ansehung der Anfechtbarkeit eines Vertrages einstehe "für den Betrug derjenigen Person, deren Hilfe sie sich bei Zustandekommen des Geschäfts bedient".

Ostwald kommt zu demselben Ergebnis, indem er im Wege der Rechtsanalogie aus verschiedenen Einzelvorschriften, insbesondere den §§ 278, 831 BGB den "allgemeinen, dem modernen Rechtsleben eigentümlichen Grundsatz" aufstellt: "Jedermann hat die rechtlichen Nachteile zu tragen, die er aus der bewußten Verwendung fremder Personen in seinem Interesse erleidet". "Im Sinne dieses allgemeinen Rechtsgedan-

---

1) Vgl. Anm. 2 S. 38.
2) JW. 1921 S. 623, 624.
3) In JW. 1922 S. 795.
4) Somit auch die Ansicht Schmidt-Rimplers,a.a.O.S. 251, der sich Titze und Ostwald anschließt. Beitretend u.a. auch Krause, Diss. Breslau 1932 S.22, 23.

kens" ist nach Ostwald die Eigenschaft des "Dritten" immer schon dann zu verneinen, wenn es sich um Angestellte des Anfechtungsgegners handelt, "die gemäß ihren rechtlichen Beziehungen zu diesem an den Vertragsverhandlungen sich beteiligt haben und hierbei durch eine arglistige Täuschung den Abschluß des Geschäfts veranlaßt haben".

Es ist also nach Titze und Ostwald eine Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung durch eine Mittelsperson immer schon dann gegeben, wenn diese irgendwie zu einer Verhandlungstätigkeit beauftragt war und die Täuschung mit dieser Tätigkeit noch im zusammenhang steht.

Es wird also auch der Makler und derjenige Vermittler vom Begriff des "Dritten" ausgeschlossen, der kraft seines Auftrages und seiner Stellung nach außen bloß in unmaßgeblicher Weise am Zustandekommen des Vertrages mitzuwirken berufen ist.

Inwiefern diese Auffassung vom Begriff des "Dritten" zu eng ist, und eine Überspannung des Interessenschutzes des Getäuschten darstellt, soll im folgenden behandelt werden.
Es liegt hier meines Erachtens ein ähnliches Problem vor, wie bei der "Willenserklärung" [1) 2)] hinsichtlich der Interessenlage von Erklärendem und Erklärungsempfänger. Lange Zeit pflegte hier in Lehre und Rechtsprechung der Erklärungsgegner allein in den Brennpunkt des Interessenschutzes gestellt zu werden, während das Erfordernis der Zurechenbarkeit von Erklärungssinn und Inhalt verkannt oder zu stark in den Hintergrund gestellt wurde [3)].

---

1) Im Sinne Manigks, also einem Adressaten gegenüber im Gegensatz zum "Willensgeschäft".

2) Ebenso bei der Rechtshandlung der Mitteilung, insbesondere der Willensmitteilung (Vgl. Manigk, We. Wg. S. 701 ff., 725 ff., Handwörterbuch der R. Art. Rechtshandlungen; IheringsJ. 83 S. 210 oben 38 A. 2, 99 unten).

3) Vgl. Manigk, IheringsJ. 83, insbesondere S. 37, 38.

Es ist insbesondere das Verdienst Manigks[1], die Aufmerksamkeit auf die Bedeutung der Frage nach Zurechenbarkeit und Zurechnungsgrund des Erklärungswertes gelenkt zu haben. Manigk gibt auch neuerdings mit Recht die Anregung einer allgemeinen Lehre von der Zurechnung im Bürgerlichen und Handelsrecht[2]. Die Gedankengänge, die Manigk auf diesem Gebiet entwikkelt hat, bieten - ebenso wie für andere Probleme, z.B. das Problem des Zugangs in § 130 BGB[3] - auch für das Problem des "Dritten" in § 123 Abs. 2 Satz 1 wertvolle Gesichtspunkte.

Handelt es sich bei der Abgabe einer Willenserklärung einem anderen gegenüber um ein In-Beziehung-Treten des Erklärenden zum Erklärungsempfänger, so handelt es sich in den problematischen Fällen des § 123 Abs. 2 Satz 1 hauptsächlich um die Besonderheit eines In-Beziehung-Tretens von Geschäftsherrn zu Geschäftsgegner zum Zwecke eines Vertragsschlusses. Das Auftreten der Zwischenperson für den Geschäftsherrn ist ebenso zu werten, als knüpfe dieser selbst Beziehungen mit dem konkreten Geschäftsgegner an.

Wie nun bei der Willenserklärung die vom Erklärenden zum Erklärungsempfänger (vorsätzlich oder fahrlässig) hergestellte Beziehung eine von Verkehrssitte und Recht anerkannte Rechtspflicht mit sich bringt,

---

1) Vgl.We.Wg.S.271 f.,499,556,560,575; Irrtum und Auslegung S.111 ff.,113 A.1,119,132 f.,219,243, 246 ff.,260;IheringsJ.75 S.135,139,150,192 ff.;RG-Festgabe Bd.VI S.154;Beiträge zum Wirtschaftsrecht Bd.2 S.596 ff.599,602,614,623,625,642,652,654,659, 669,670. Vgl. auch Kelsen,Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911) S.157,128 125,132,146 und dagegen Manigk,Irrtum u.Auslegung S. 36 ff.,Beiträge zum Wirtschaftsrecht S.669,670,Archiv für Rechts-u. Wirtschaftsphilosophie 1933,S.3[illegible] auch Larenz, die Metnode der Auslegung der Rechtsgeschäfte (1930) insbesondere S.7,62,72 ff.und die Besprechungen Manigks hierzu in JW.1930 S.2193 ff.und Arch.für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1933 Heft 3, S. 359 ff. Neuerdings vgl. Manigk,IheringsJ. 83 S.37,38,55 f., 60 ff., besonders S.68,88,90 ff., besonders S.94, 101.

2) Vgl. Beiträge zum Wirtschaftsrecht S, 599.

3) Vgl. hierzu Manigk,Beiträge zum Wirtschafts.R. S. 599 Anm. 16 a; IheringsJ. 83, S, 56 und 94, Anm. 1.

nämlich sein Verhalten dem anderen gegenüber verkehrsmäßig richtig einzurichten [1], so erwachsen für eine Partei meines Erachtens in gesteigertem Maße Rechtspflichten, wenn sie mit dem Ziel eines Vertragsschlusses eine Sonderbeziehung zu einem Geschäftsgegner aufnimmt. Diese Rechtspflichten bestehen insbesondere darin, unrichtige Angaben zu unterlassen und wesentliche Tatsachen nach Treu und Glauben (mit Rücksicht auf die Verkehrssitte) anzuzeigen [2]. Diese Pflichten, stellen nicht bloß Lasten, sondern echte Rechtspflichten dar [3], allerdings ohne entsprechendes Forderungsrecht des Gegners. Erst im Falle der Verletzung der Rechtspflicht entsteht die Gläubigerposition. Es handelt sich somit um echte rechtliche Verpflichtungen, die sich aber nicht als Schuldverhältnis darstellen [4].

Wie bei der Auslegung einer dem anderen gegenüber abgegebenen Willenserklärung (vgl. §§ 133, 157 BGB) die Zurechnung eines bestimmten Erklärungswertes von dem Gesichtspunkt einer verkehrsmäßig schuldhaften Verletzung (im Sinne des § 276 BGB) der dem anderen gegenüber obliegenden Rechtspflicht beherrscht wird [5] - Manigk spricht treffend von einer culpa in declarando [6] -, so wird die Verantwortlichkeit für einen Schaden, der beim Gegner infolge eines durch die mit ihm angeknüpften Vertragsverhandlungen er-

1) Vgl. Manigk, IheringsJ. 83, S. 37,38,64,65,93 ; Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1933 Heft 3,S.379, Beiträge zum Wirtsch.R. Bd. 2 S. 642.Vgl. auch Manigk in IheringsJ.75,S.139, ferner vgl. Hildebrandt, Erklärungshaftung (1931), insbesondere S. 124,125,132,134 f. Beitretend Stoll in seiner Besprechung JW.1933 S.35.Vgl.auch Motive I S. 195.

2) Vgl. Hildebrandt a.a.O. S. 134,160 f., 166 f.

3) Insoweit übereinstimmend auch Hildebrandt a.a.O. S. 135; Stoll in JW. 1933 S. 35.

4) Vgl. Manigk,IheringsJ.83,S.65 A.2,Handb.d.Rechtsw. Art. "Schuldverhältnisse" S. 378; a.A. Hildebrandt a.a.O. S.157,wo nicht nur von "Erklärungsschuldner" sondern auch von "Erklärungsgläubiger" die Rede ist.

5) Vgl. Manigk IheringsJ.83,insbesondere S.65,68,93, 94,101;Beiträge zum Wirtschaftsrecht S.649,650; RG-Fetsgabe Bd. VI S.154 u.S.155 Anm. 77.

6) Vgl. IheringsJ. 75 S.139; IheringsJ.83 S.38 A.2, und S.56.

weckten Vertrauens entstanden ist, von dem Gesichtspunkt einer schuldhaften Verletzung der Verhandlungspflichten beherrscht, der sogenannten culpa in contrahendo[1)2)].

Bedient sich nun der Geschäftsherr innerhalb des Verhandlungsverhältnisses einer Hilfsperson, so ist ihm für die Schadenshaftung eine schuldhafte Verletzung der Verhandlungspflichten wie eine eigene zu-

1) Vgl. die Gegenüberstellung der culpa in declarando zur culpa in contrahendo bei Manigk, IheringsJ. 83 S.38 A.2, S. 65 A.2; Arch.für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie 1933 S. 379 RG-Festgabe Bd.VI S.155 A. 77 am Schluß. Vgl. auch die Besprechung von Hildebrandt, Erklärungshaftung in DJZ. 1932 S. 562, auf die Stoll in JW. 1933 S.35 hinweist.

2) Der Ausdruck "culpa in contrahendo" soll hier nicht im Sinne von Iherings bekanntem Aufsatz "Über den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen", IheringsJ. 4 S.1 ff. ein "Verschulden bei Vertragsverhandlungen", ohne daß es zum gültigen Abschluß des Vertrages gekommen ist, bezeichnen. Vielmehr handelt es sich in den hinsichtlich der Anfechtbarkeit problematischen Fällen regelmäßig um Vertragsverhandlungen, die gerade infolge der Täuschung zu einem gültigen Abschluß geführt haben.
Es handelt sich also um die Lehre des Verschuldens bei gültigem Vertragsschluß, die F. Leonhard in seiner verdienstvollen Schrift "Verschulden beim Vertragsschlusse" (1910) - vgl. auch die Schrift "Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß" (1896) - der Lehre Iherings gegenübergestellt hat. Vgl. hierzu Leonhard, Allgem. Schuldrecht S. 311 f., 544 ff., 555, 556. Auf die Streitfrage, die sich an die Anerkennung der Lehre Leonhards in Wissenschaft und Rechtsprechung angeschlossen hat, ob die Schuld bei Vertragsverhandlungen auch ohne einen gültigen Vertragsschluß zum Ersatz verpflichtet ( so die h.M., vgl. Leonhard, Allgem. Schuldrecht S. 555) braucht hier nicht eingegangen zu werden.
Zur theoretischen Begründung der Haftung vgl. neuerdings Hildebrandt a.a.O. S. 50 ff. und hierzu die Besprechungen von Manigk in DJZ. 1932 S. 562, und Stoll in JW. 1933 S. 34 f.

zurechnen (entsprechend § 278 BGB)[1].

Die Interessenentscheidung des § 278 BGB ist aber über die Schadenshaftung hinaus zur Anwendung zu bringen. Sie bietet in ihrem Grundprinzip auch das maßgebende Werturteil für die Frage, ob der Geschäftsherr sich eine Anfechtung gefallen lassen muß, wenn der Geschäftsgegner in seinem Vertrauen auf das ehrliche Mitteilungsverhalten der verwendeten Hilfsperson enttäuscht wird, und dieses Vertrauen für seinen Willensentschluß kausal war. Dies um so eher, als auch hier ein gewisser ideeller Schaden vorliegt, bei dem es nur fraglich ist, ob der Betroffene ihn einseitig durch Anfechtungserklärung gut zu machen imstande ist[2)3].

Nach dem Grundgedanken des § 278 ist die Anfechtbarkeit im Prinzip zu bejahen.

Damit ist zwar eine einseitige Interessenregelung insoweit gegeben, als es hier in der "Verhandlungssphäre[4]" (anders als in der "Deliktssphäre" des § 831) auf eine Schuld des Geschäftsherrn bei Auswahl des Vertragsgehilfen und bei Überwachung seiner Tätigkeit nicht ankommt. Aber trotzdem ist auch hier das Schuldprinzip für die Zurechnung nicht vollkommen ausgeschaltet.

---

1) Vgl. Hildebrandt a.a.O. S. 291 f., Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß S.46 ff. und Allgem. Schuldrecht S. 546, 553 sowie die h.M. Vgl. etwa von Tuhr Allgem. Teil II 1 § 62 zu Anm.202, II 2 § 88 Anm. 53 ff.; Enneccerus-Lehmann, § 44 Anm.10 Manigk, Handw.der Rechtsw.Bd.V Art."Schuldverhältnisse" S. 378, Jung, Bürgerl.Recht S.812 in Verbindung mit S.724 f., 597; Enneccerus-Nipperdey, § 164 I; Titze, DJZ. 1925 S. 490 f. und Handw. der Rechtsw. Bd.VI S.520; RG 78,239; 103,50; 114,160 JW. 1915 S.240; 1927 S.1086, 1928 S.1742. Weitere Angaben siehe bei Hildebrandt a.a.O.S.291 Anm.79.

2) Vgl. hierzu auch RG 78 S.397 unten, 398; Enneccerus-Nipperdey, § 163 A.14 S.538; Krause, Diss. Breslau 1932 S.16 zu A.2.

3) Darüber, daß ein Anspruch auf Naturalherstellung (§ 249 S.1 BGB) bei ideellem Schäden nicht ausgeschlossen wird, vgl. Manigk, Handw. d.R. Bd.III Art. "Interesse" S. 300 oben.

4) Vgl. Hildebrandt a.a.O. S. 124.

Es handelt sich zwar im konkreten Einzelfall nicht um eine unwiderlegbare Vermutung für ein Verschulden des Geschäftsherrn [1], aber auch nicht um das Gefahrtragungsprinzip [2], da die Heranziehung von Gehilfen so allgemein üblich ist, daß man darin keine besondere "Gefahr" erblicken kann [3]. Vielmehr handelt es sich meines Erachtens um eine aus dem konkreten Einzelfall herausgehobene legal typisierte Schuld, bei der eine Entlastung ausgeschlossen ist - ähnlich wie bei der "typisierten Willenserklärung" im Sinne Manigks eine Anfechtung nicht möglich ist. Der Grund dieser Typisierung dürfte außer dem dringenden Verkehrsbedürfnis und Billigkeitserwägungen auch ein erzieherischer sein [4], wie überhaupt die Generalisierung und Verdurchschnittlichung im Rechtsleben neben anderen Vorzügen erzieherische Aufgaben erfüllt [5].

Für die Zurechnung nach § 278 ist das Schuldmoment noch nach einer anderen Richtung von Bedeutung.

Insofern nämlich, als die Vorschrift des § 254 BGB von § 278 BGB nicht berührt wird.

Ist der ursächliche Zusammenhang infolge des Verhaltens des Beschädigten weder ganz noch teilweise zu verneinen, so kann sich doch gemäß § 254 BGB nicht nur eine Minderung sondern unter Umständen sogar eine vollkommene Beseitigung der Schadenshaftung dadurch ergeben, daß dem Beschädigten ein eige-

---

1) Buchka will in seiner Schrift "Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen"(Rostock 1852) ein Verschulden des Geschäftsherrn mit der bloßen Tatsache begründen, daß den Vertragsgehilfen ein Verschulden trifft.

2) So insbesondere Müller-Erzbach, IheringsJ.73, S.140; Arch.f. die ziv.Praxis 106 S.439 (441); Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung, S.47, 87 ff.; Hoffmann, Haftung des Schuldners, S.32 ff; Oertmann, Kom. § 278 A.1; Plancks Kommentar § 278 A.1.

3) Vgl.Leonhard, Allgem.Schuldrecht S.451; Brodmann, IheringsJ.58, S.205 ff.; Heinsheimer, Grünh.Z. 40, 123 ff.

4) Vgl.auch Leonhard a.a.O.S.452, 458, 460, 461.

5) Vgl.Merk, Veräußerlichkeit und Durchschnittlichkeit im Recht, Beiträge zum Wirtschaftsrecht Bd.1(1931) S.88 ff., besonders S.113 f., 119 ff., 138 ff., 146 ff., 164 ff., insbesondere S.170. Vgl.hierzu auch Manigk, Irrtum und Auslegung S.120 zu Anm.4.

nes Verschulden zur Last fällt[1].

Diese Interessenwertung, daß bei überwiegendem Verschulden des Verletzten die Schadenshaftung entfällt, ist meines Erachtens auch für die Frage der Anfechtbarkeit heranzuziehen.

Zwar kommt es für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung[2] auf ein Verschulden des Getäuschten in der Regel nicht an, vielmehr ist allein die Kausalität von Täuschungshandlung und Erklärung entscheidend.

Der Grund dürfte aber lediglich der sein, daß ein Verschulden des Getäuschten dem arglistigen Verhalten des Täuschenden gegenüber nicht ins Gewicht fällt. Dieser Grund trifft zwar auch die Fälle, in denen eine Mittelsperson täuscht, da deren arglistiges Verhalten dem Geschäftsherrn zugerechnet wird; aber die Sachlage wird meines Erachtens eine andere, wenn die Mittelsperson eine unmaßgebliche Stellung einnimmt, so daß der Geschäftsgegner sich nach vernünftiger, billiger Verkehrsauffassung sagen muß, er dürfe sich entscheidend nur auf das verlassen, was der Geschäftsherr bestätige oder selbst erkläre.

Ist in solchem Falle dem Geschäftsgegner der Schuldvorwurf zu machen, daß er es verabsäumt habe, zur Vergewisserung beim Auftraggeber der Mittelsperson Rückfrage zu halten, so ist meines Erachtens gegen die Ansicht Tites und Ostwalds die Anfechtbarkeit zu verneinen.

Die Tatsache, daß der G e s c h ä f t s h e r r mittels der Zwischenperson die Sonderbeziehung mit dem Gegner a n k n ü p f t[3] – ähnlich wie bei der Willenserklärung der E r k l ä r e n d e sich an den Gegner w e n d e t , wodurch die Strenge der

1) Vgl. Leonhard a.a.O. S. 180 ff. Auf die Streitfrage einzugehen, ob es sich in § 254 um eine echte Einrede oder einen rechtshindernden Einwand handelt, würde hier zu weit führen.

2) Ebenso die für die Anfechtung wegen Irrtums nach §§ 119, 120.

3) Vgl. hierzu die Ausführungen von Stoll JW. 1933, S. 36 unten und Manigk, IheringsJ. 83, S. 56.

Erklärungshaftung begründet wird[1], - darf nicht - ähnlich wie bei der Willenserklärung[2] - zu einem übertrieben einseitigen Interessenschutz des Gegners führen. Dies um so weniger, als der Geschäftsherr es im Einzelfall nicht in seiner Hand hat, die Täuschungshandlung des Gehilfen zu vereiteln, während der Gegner sich durch Rückfragen gegen Gefahren sichern kann[3].

Wenn Manigk hinsichtlich der Auslegung von Willenserklärungen mit Recht sagt: "Es gibt eine Verantwortlichkeit des Erklärenden, aber auch eine solche des Gegners[4]", so muß meines Erachtens der entsprechende Satz hier lauten:

"Es gibt eine Verantwortlichkeit dessen, der sich zwecks Anknüpfung von Geschäftsbeziehungen einer Hilfsperson bedient, aber auch eine Verantwortlichkeit desjenigen, dem gegenüber die Bedienung erfolgt[5]."

Läßt sich der Gegner in die freiwillige Sonderbeziehung der Vertragsverhandlungen mit dem Geschäftsherrn - wenn auch nur indirekt über die Mittelsperson - ein, so entsteht auch für ihn die Rechtspflicht des verkehrsmäßig richtigen Verhaltens dem Geschäftsherrn gegenüber. Es ist aber gerade das Gegenteil von einem verkehrsmäßig richtigen Verhalten, wenn man sich auf die Aussagen oder das Schweigen einer vom Geschäftsherrn beauftragten Mittelsperson verläßt, der nach ihrem ganzen Auftreten keine maßgebende Stelle zugewiesen ist. In solchem Falle ist es billig, wenn der Gegner für seinen Willensentschluß allein die Verantwortung trägt, so daß die Anfechtbarkeit entfällt.

Diese Überlegungen werden durch den Wortlaut des § 278 BGB vollauf bekräftigt.

---

1) Vgl. Manigk, insbesondere neuerdings in IheringsJ. 83, S. 55, 61, 69.
2) Vgl. Manigk IheringsJ. 83, insbesondere S. 37, 38, Beiträge zum Wirtschaftsrecht S. 598.
3) Vgl. Manigk, Beiträge zum Wirtschaftsrecht S. 625.
4) Vgl. RG-Festgabe Bd. VI S. 154.
5) Ähnliche Gedankengänge verfolgt das RG in RG 101 S. 98, 99 (= JW 1921 S. 392), vgl. auch RG in JW. 1928 S. 1742, RG 51 S. 151; 73 S. 304 oben.

Der Schuldner haftet für ein Verschulden seines Gehilfen nur insoweit, als er sich seiner als Erfüllungsgehilfen bedient. Das Gesetz will den Schuldner anspornen, daß er möglichst erhöhte Sorgfalt in der Auswahl und Beaufsichtigung seiner Gehilfen verwende, aber nur insoweit er sich eben ihrer wirklich als Erfüllungsgehilfen bedient [1].

Bedient sich aber der Geschäftsherr eines Vermittlers zu lediglich einleitenden, unmaßgeblichen Verhandlungen oder der flüchtigen Tätigkeit eines bloß die Geschäftsbeziehung herstellenden Maklers und behält er damit die maßgebliche Tätigkeit in der Hand, so beweist er damit dem Gegner, daß er die entscheidenden Erklärungen und Auskünfte etc. nur selbst verantwortlich zeichnen, d.h. seine Verantwortlichkeit nur persönlich begründen will. Er bedient sich also des Gehilfen nicht zur Erfüllung seiner e i g e n e n Sorgfaltspflicht, da er ja nur für seine eigenen Handlungen und Unterlassungen einstehen will. Der Gehilfe soll den Kunden zwar bearbeiten, ihn aber nur mit Vorläufigkeitscharakter orientieren, ihm nur sogenannte "unverbindliche Auskunft" erteilen.

Keiner besonderen Erörterung bedarf es, daß diejenigen Hilfspersonen für den Ausschluß vom Begriff des "Dritten" nicht in Frage kommen, die ohne eigene Entschlußkraft auftreten, wie z.B. ein Mechaniker, der offenkundig nur zur Einschaltung des Stromes eines vom Kaufinteressenten besichtigten elektrischen Betriebs beauftragt ist und dabei falsche Vorspiegelungen über die Rentabilität des Betriebs macht, oder ein Bote [2], der gelegentlich seiner Botentätigkeit eine Täuschung verübt.

---

1) Vgl. Leonhard, Allgem. Schuldrecht S. 460, 461.

2) Vgl. über die mangelnde Entschlußfreiheit des Boten insbesondere Staudinger-Riezler, vor § 164, Zif. 2; Jung, Bürgerliches Recht S. 659 oben; Endemann, Bürgerliches Recht I § 80 Anm. 25; Biermann, Allgem. Teil, § 77 Ziff. 4; Windscheid-Kipp I § 73; Anm. 2; Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch, I, S. 251 und 33 ff.; Motive I S. 233 (Mugdan I, S. 477), Warneyer, Kommentar vor § 164 I; Soergel, Kommentar vor § 164, Ziff. 2, S. 172; R. Leonhard, Allgem. Teil S. 300 II.

Im folgenden ist kurz auf die Stellung des gesetzlichen Vertreters einzugehen.

Auch bei ihm ist die Interessenentscheidung des § 278 BGB für die Frage der Anfechtbarkeit zu verwerten. Zwar beruht die Zurechnung seiner Schuld nicht auf den gleichen Interessenerwägungen wie beim freiwillig herangezogenen Erfüllungsgehilfen[1], doch ist dies für die entsprechende Heranziehung der Norm des § 278 nicht erheblich. Da der gesetzliche Vertreter eben kraft Gesetzes s t e t s die Stellung eines (gesetzlich berufenen) Erfüllungsgehilfen einnimmt, was die auf dem Verhandlungsverhältnis beruhenden Rechtspflichten angeht, so ist nicht nur die Schadenshaftung des Schuldners für ein Verschulden des gesetzlichen Vertreters bei seiner Verhandlungstätigkeit immer gegeben, sondern auch s t e t s die Anfechtbarkeit wegen einer von ihm bei Vertragsverhandlungen begangenen arglistigen Täuschung, in entsprechender Anwendung des § 278[2].

Hinsichtlich juristischer Personen, wie z.B. der rechtsfähigen Vereine des BGB, der A.G., Komm. Ges. auf Aktien, G.m.b.H., Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften dürfte das Problem des "Dritten" in folgendem Sinne zu lösen sein.

Wird die arglistige Täuschung von dem Vorstand, einem Mitglied des Vorstandes oder einem anderen "verfassungsmäßig berufenen Vertreter" "in Ausführung" der ihm zustehenden Verhandlungstätigkeit begangen, so ist unter entsprechender Heranziehung des § 31 BGB[3] in Verbindung mit entsprechender[4] Anwendung des

---

1) Vgl. auch Müller-Erzbach, Arch. f. civ. Prax. 106, S. 441.

2) Im Ergebnis übereinstimmend Krause a.a.O. S. 13 unten, 14, wenn auch mit anderer Begründung (Beteiligung am Zustandekommen des Rechtsgeschäfts) Vgl. auch Staudingers Komm. § 123, IV, 6; Schultz, Der Betrug im Immobilienverkehr, 1923, S. 23.

3) Diese Vorschrift ist auf alle juristischen Personen des Privatrechts und öffentlichen Rechts entsprechend anzuwenden (vgl. §§ 86, 89, BGB Art. 2, EG/HGB; Enneccerus-Nipperdey § 103 Anm. 1b; Planck Knoke, § 31, N. 6; v. Gierke, Handelsrecht, S. 299; Heinsheimer, Handelsrecht, S. 88; RG in JW. 1903 Beilage S. 92; OLG 14, 368; RG 68, 347; 76, 48; 117, 61.

4) Vgl. hierzu die Ausführungen S. 44 Anm. 2 und 3.

§ 826 BGB[1] die Anfechtbarkeit s t e t s zu bejahen[2][3]. Es handelt sich um eine gesetzliche Berufung zur Erfüllung der Verhandlungspflichten.

Dies schließt nicht aus, daß daneben auch die Voraussetzungen für eine entsprechende Heranziehung des § 278 gegeben sind[4].

Ja, soweit man bei einer juristischen Person außer der durch die Rechtsordnung besonders (nicht etwa generell wie beim Menschen nach § 1 BGB) verliehenen Rechtsfähigkeit auch die Fähigkeit anerkennt, durch Organe selbsthandelnd aufzutreten[5], liegt gar nicht das Problem des "Dritten" innerhalb des § 123 Abs. 2 vor, vielmehr eine arglistige Täuschung, verübt durch die juristische Person selbst nach Abs. 1.

---

1) Zu der Anwendung des § 826 BGB bei arglistiger Täuschung vgl. Enneccerus-Nipperdey S. 540 oben, Leonhard, Besonderes Schuldrecht § 315,1, sowie die dort angeführten Stellen.

2) Im Ergebnis übereinstimmend Riehl, a.a.O. S.906, Ryba, a.a.O. S. 6; Krause, a.a.O. S.14; RG 57,93; 59,408; 78, 354; 81,433; Warneyer, Rechtsprechung 12, N. 1; vgl. hierzu auch RGR-Kommentar § 166, 3 b .

3) Auch bei Gesamtvertretung des Vorstandes genügt schon die arglistige Täuschung e i n e s Vertreters, um die Anfechtbarkeit zu begründen. Vgl. Riehl, a.a.O. S. 906; Heinsheimer, Handelsrecht, S.88, Anm. 2; vgl. auch Enneccerus-Nipperdey §103 I,VI; RGR-Kommentar § 166 3 b ; RG 78,354; 57,94; 74,257; 81, 433; 110,146.

4) Es besteht meines Erachtens keine Gesetzeskonkurrenz zwischen § 31 und § 278, wie überhaupt Haftung aus Unrechtshandlung und sonstige Haftung, insbesondere aus Vertragsverletzung sich nach richtiger und durchaus herrschender Ansicht nicht ausschließen (vgl. besonders Leonhard, Besonderes Schuldrecht S.626; Enneccerus I,2 § 449 II, RG 88, 435 f.; 89,384, 90,68; RG, JW. 1916 S.1276; Schmidt Gesetzeskonkurrenz, 1915 S.180 ff.). Nach Enneccerus-Nipperdey § 103 Anm. 12 ist auf die in § 31 bezeichneten Personen nur § 31, niemals § 278 anzuwenden. Anders dagegen mit Recht insbesondere v.Tuhr, S. 526,540, Planck-Knoke, § 31 N.1.

5) Vgl. § 26 Abs. 2 BGB ("Stellung eines gesetzlichen Vertreters") und hierzu Enneccerus-Nipperdey § 102, Anm 7, § 96 III, § 96 A.2 sowie die dort angeführte Literatur; Leonhard Bürgerliches Recht, S. 16 I C.

Haben Bevollmächtigte, Angestellte, Gehilfen, die nicht zu den Personen des § 31 BGB gehören, die Täuschung begangen, so gilt hinsichtlich der Zurechnung für die Frage der Anfechtbarkeit dasselbe wie bei einer natürlichen Person. Es sind im Einzelfall die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB im oben dargelegten Sinne zu prüfen.

Es hat sich somit ergeben: "Dritter" im Sinne des § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB ist jeder außer dem Erklärenden, dem Gegner der Erklärung und den vom Erklärungsgegner oder kraft Gesetzes zur Erfüllung der Pflichten des Verhandlungsverhältnisses berufenen Hilfspersonen. Damit ist die Lösung des Problems des "Dritten" in § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB auf einen einheitlichen Grundsatz gebracht. Es gibt keine aus der Stellvertretungslehre heraus zu rechtfertigende Ausnahmebehandlung des "Vertreters", aber auch keine unterschiedslose Behandlung aller derer, die am Zustandekommen des Rechtsgeschäfts irgendwie beteiligt sind.

Der Begriff des "Dritten" ist noch von einer anderen Seite zu betrachten.
Denn besondere Zweifel ergeben sich bei der Frage der Anfechtbarkeit von Zustimmungserklärungen, die entweder einer Person oder einer anderen gegenüber abzugeben sind.

Die Sachlage bietet etwa im folgenden Fall keine Schwierigkeit: Der minderjährige Geschäftsangestellte A. hat bei B. zu Vergnügungszwecken ein Motorrad gekauft. B. erfährt erst nach dem Kauf von der Minderjährigkeit des A. und will nun ohne Genehmigung des Kaufs durch den gesetzlichen Vertreter V die Übergabe und Eigentumsübertragung des Motorrads nicht vornehmen. Ein Freund F. des A. bemüht sich nun bei V., ihn zu bewegen, dem A. oder B. gegenüber seine Zustimmung zu erteilen, indem er ihm arglistig vorspiegelt, A. benötige das Motorrad außerordentlich dringend zu geschäftlichen Zwecken. V. sendet daraufhin dem B. seine Zustimmungserklärung, worauf das Motorrad dem A. übergeben und veräußert wird.

Hier kann V. dem gutgläubigen B. gegenüber nicht anfechten ( § 123 Abs. Satz 1), da F. zweifellos "Dritter" ist im Sinne des Satz 1.

Wie aber, wenn A. selbst den V.durch arglistige Täuschung zur Genehmigung bewegt und daraufhin V. an B. seine Zustimmungserklärung sendet,der daraufhin das Motorrad dem A. übergibt?
Ist A. hier als "Dritter" anzusehen, so daß B. bei gutem Glauben im Erwerb des Kaufpreisanspruchs(§433 Abs. 2) nach § 123 Abs. 2 Satz 1 geschützt wird?

War A. ein anderer als der, dem gegenüber die Erklärung abzugeben war? V. hat die Zustimmungserklärung an B. abgegeben, er hätte sie ebensogut an A. abgeben können (§ 108 Abs. 1, § 182 Abs.1),da der Erklärungsgegner nach § 182 Abs. 1 alternativ bestimmt ist. Die Erklärung konnte sowohl A.wie B.gegenüber für beide wirksam abgegeben werden.Wurde sie aber einmal B. gegenüber abgegeben, so erhielt sie das Schicksal einer B. gegenüber abzugebenden Willenserklärung, da eine Sonderbeziehung, ein besonderes Vertrauensverhältnis, ein "Verhandlungsverhältnis" zwischen V. und B. entstanden ist. Betrachtet man diese Sonderbeziehung, so erscheint dann A. als ein außerhalb dieses Verhältnisses stehender "Dritter". Zwar war von vornherein die Erklärung nicht nur B. gegenüber abzugeben, sondern auch (in alternativem Sinne) A.gegenüber. Vor der Abgabe der Erklärung an B. war also A. kein anderer, als "der", dem die Erklärung abzugeben war, er stand nicht außerhalb der Reihe der vom Gesetz bestimmten Erklärungsgegner, war also - so betrachtet - kein "Dritter"; diese Sachlage hat sich auch nicht rückwirkend verändert. Aber die ratio des § 123 Abs. 2,die Interessen-Gesichtspunkte, die von dieser Norm gewertet werden, sind allein in Betracht zu ziehen.

Darnach ist auszugehen von dem durch Abgabe der Erklärung geschaffenen Vertrauensverhältnis zwischen Erklärendem und Erklärungsgegner. Gerade aus dieser Vertrauensbeziehung heraus ist ja § 123 Abs.2 Satz 1, der ein Schutz des Erklärungsgegners darstellt, zu erklären. Dieses Vertrauensverhältnis ist in eben derselben Weise vorhanden, wenn als Empfänger nur eine bestimmte Person oder Personenmehrheit in Betracht kommt, wie wenn eine unbestimmte Person oder Personenmehrheit auf der Gegenseite des Erklärenden steht. Und es ist nicht anders dann, wenn mehrere

Personen alternativ als Erklärungsgegner vorhanden sind. Es kommt immer nur darauf an, ob im konkreten Einzelfall das "Verhandlungsverhältnis":Erklärender - Erklärungsempfänger entstanden ist.

An diese Fälle hat das Gesetz in § 123 Abs. 2 seinem Wortlaut nach ("einem anderen gegenüber abzugeben") nicht gedacht, aber der Wortlaut ist mit der hier vertretenen Auslegung des Begriffs des"Dritten" durchaus zu vereinbaren.

Das Gesetz gebraucht den Ausdruck "abzugeben" und nicht "abgegeben" deshalb, weil es vielfach auf eine genaue Bestimmung des Erklärungsgegners Wert legt[1] und zum Ausdruck bringen will, daß dann, wenn die Adresse verfehlt ist, eine wirksame Willenserklärung nicht in Frage kommt, d.h. in Bezug auf § 123 Abs. 2 dann keine Willenserklärung vorliegt,die erst angefochten werden müßte, um ihre Wirksamkeit zu verlieren.

Der Ausdruck "abgegeben" wird aber häufig dort gebraucht, wo es ebensogut "abzugeben" hätte heißen können. Der Wahl des Ausdrucks "abzugeben" , ebenso wie der gelegentlichen Hinzufügung des ganzen Satzes "die ... abzugeben ist" ,ist keineswegs eine entscheidende Bedeutung beizumessen[2].

A. hat also die Täuschung als "Dritter"im Sinne des § 123 Abs. 2 begangen. Für die hier vertretene Auffassung waren die Gesichtspunkte,die wir für die rechtliche Wertung der Interessenlage als entscheidend erkannten, maßgebend, und diese dürfen gegenüber den erwähnten rein logisch konstruierten Bedenken nicht zurücktreten.

Auf die Frage, ob V. in dem erörterten Fall A. gegenüber nach § 123 Abs. 2 Satz 2 anfechten kann, kann erst weiter unten eingegangen werden.

1) Z.B. § 143, vgl. näher Manigk, We.Wg. S. 334,335.
2) Vgl. Manigk, We.Wg. S. 343, oben und IheringsJ.83 S. 39 ff.,besonders S. 46.

## III. T e i l .

### Die Bedeutung des Abs.2 Satz 2.

Die Bedeutung des Satz 2 könnte in dreifacher Weise aufgefaßt werden:

1. Satz 2 ist nur eine Erweiterung der Anfechtungsmöglichkeit für den Fall der Gutgläubigkeit des Erklärungsgegners bei Bösgläubigkeit des Dritterwerbers. Seine Aufgabe besteht bloß in der Erfassung der Fälle der Bösgläubigkeit des Dritterwerbers. Satz 2 wirkt bloß zu dessen Nachteil [1].
2. Satz 2 ist nur eine Beschränkung der Anfechtbarkeit für den Fall der Bösgläubigkeit des Gegners aber Gutgläubigkeit des Dritterwerbers. Seine Bedeutung besteht also darin, daß nur dann dem Dritterwerber gegenüber angefochten werden kann, wenn sowohl er wie der Erklärungsgegner bösgläubig sind. Satz 2 wirkt also bloß zum Vorteil des Dritterwerbers.
3. Satz 2 ist sowohl eine Erweiterung wie eine Beschränkung der Anfechtbarkeit. Die Aufgabe des Satz 2 ist, für die Möglichkeit der Geltendmachung der Täuschung gegenüber dem Dritterwerber dessen subjektive Stellung allein maßgebend sein zu lassen. Satz 2 kann also sowohl zugunsten wie zuungunsten des Dritterwerbers wirken.

Die letztgenannte Auffassung dürfte für richtig zu halten sein.

Für die zu oben 1. angeführte Meinung [2] spricht zwar, daß Satz 2 auf die Anregung Strohals [3] in der 2. Lesung der II. Kommission hinzugefügt wurde und

---

1) So, wie sich zeigen wird, zu Unrecht die h.M. vgl. v.Tuhr, S.218; Planck-Flad, § 123 IV; Neumann, § 123 Anm.2; Eck, Vorträge 1903 I S.151; Mitteis, LZ. 1909, Sp. 640; Cosack, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, Bd. 1, 1921 S.244,245; Crome, System d. bürgerl. R. Bd.1 (1900) S.431; Enneccerus I,2 § 309 I 2 u.A. 3. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 285.

2) Vgl. IheringsJ. 34, S.347.

3) Vgl. Protokolle S. 8368/9.

Strohal im Hinblick auf die Ungewißheit solcher Fälle die Anregung gab, in denen der Gegner gutgläubig, der Dritterwerber aber bösgläubig ist.

Aber dieser historische Anlaß zur Setzung der Norm bindet nicht unsere Auffassung vom Sinn des Gesetzes. Der Hinweis auf diese Entstehungsgeschichte des Satzes 2 wird aber zumeist als einzige Begründung für die zu 1. angeführte Meinung, daß Satz 2 nur eine Erweiterung der Anfechtbarkeit zum Nachteil des Dritterwerbers bedeutet, angeführt[1].

Der Sinn des Satz 2, der sich bei unvoreingenommener Betrachtung im Anschluß an Satz 1 erschließt, ist vielmehr der, daß für die Fälle, in denen ein Dritter aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, das Gesetz dessen subjektive Stellung allein maßgeblich sein lassen will.

Hierfür spricht ferner der Satzbau. Denn Satz 2 lautet nicht etwa: Soweit ein anderer, als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung anzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat u n d die Täuschung kannte oder kennen mußte, ist die Erklärung ihm gegenüber auch anfechtbar. Satz 2 geht vielmehr im ersten Halbsatz von einem im Nachsatz selbständig zu regelnden Tatbestand aus. Satz 2 behandelt eine Willenserklärung, aus der ein anderer als der Gegner unmittelbar ein Recht erwirbt, selbstständig und bestimmt, daß diese dem Dritten gegenüber dann anfechtbar sein soll, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte (und erst recht, wenn er die Täuschung selbst verübt hat[2]).

Für unsere Auffassung spricht ferner, daß Satz 2 einem Antrag[3] in der Kommission entsprechend zunächst lautete: "... so ist die Erklärung, soweit die-

1) Vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 285 u. Anm. 561; v. Tuhr § 68 zu Anm. 87, vgl. ferner die oben S. 54, Anm. 1 angeführte Literatur, insbesondere Mitteis a.a.O.

2) Argumentum a maiore ad minus. So auch richtig die h.M.; vgl. u.a. v. Tuhr, S. 618 Anm. 90. Die Regelung des Satz 2 greift aber nur dann Platz, wenn ein "Dritter" die Täuschung verübte, denn Satz 2 ist kein dritter Absatz. Wie hier auch Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 239.

3) Vgl. Protokolle S. 8368/9.

ses Recht reicht, a u c h anfechtbar, wenn .... ". Dieses "auch" fehlt aber in der endgültigen Fassung und kann daher nicht den Sinn des Gesetzes bestimmen [1].

Vor allem aber spricht dafür, daß unsere Auffassung am besten dem Vertrauensschutz entspricht, den das Gesetz im Satz 1 für den Erklärungsempfänger normiert. Dieser Schutz des Vertrauens ist auch gerechtfertigt dann, wenn ein "Dritter" zwar nicht als Gegner der Erklärung v e r t r a u t , aber als rechtsgeschäftlich vom Erklärenden Bedachter [2]. Auch dadurch wird, worauf noch unten bei anderer Gelegenheit eingehend zurückzukommen sein wird, eine S o n d e r b e z i e h u n g begründet, auf Grund deren das Vertrauen des Bedachten auf die Rechtsbeständigkeit der Erklärung zu schützen ist [3].

Die zu oben 2. angeführte Meinung, Satz 2 wirke nur zum Vorteil des Dritterwerbers, d.h. Satz 2 wolle den Dritterwerber für den Fall der Bösgläubigkeit des Gegners nur schützen, nicht aber bei Gutgläubigkeit des Gegners und Bösgläubigkeit des Dritterwerbers letzteren benachteiligen, hat keinerlei Anhaltspunkte im Gesetz. Dagegen spricht auch, daß die bereits erwähnte Sonderbeziehung nicht nur die Grundlage des Vertrauensschutzes, sondern auch ebenso auf der anderen Seite eine Rechtspflicht [4] zur Wahrhaftigkeit des Dritterwerbers dem Erklärenden

1) Vgl. dazu Mitteis, LZ 1909 Sp. 640, der die Billigkeit der hier vertretenen Auffassung treffend darlegt und sie mindestens de lege ferenda als unbedingt notwendig fordert. Die Bedenken von Mitteis, diese Auffassung, bereits de lege lata zu vertreten, gründen sich bloß auf die oben erörterte Entstehungsgeschichte, die aber, wie wir erkannten, für den Sinn des Gesetzes nicht von entscheidender Bedeutung sein kann.

2) Vgl. wie hier Manigk, Irrtum u. Auslegung, S. 214, Anm. 2.

3) Es muß beachtet werden, daß für den Fall des Vertrages zu Rechten Dritter dieser Schutz durchbrochen würde, wenn § 334 BGB entsprechend für die Frage der Anfechtung herangezogen würde. Die Frage der Anfechtbarkeit wird aber für den Fall arglistiger Täuschung durch einen "Dritten" in Satz 2 des § 123 Abs. 2 besonders geregelt.

4) die aber kein Schuldverhältnis ist. Vgl. dazu die betreffenden Ausführungen im 2. Teil dieser Arbeit S. 42.

gegenüber begründet, die die Grundlage für die Zurechnung der Täuschung des "Dritten" im Falle der Kenntnis und des Kennenmüssens bildet. Näher wird hierauf noch unten einzugehen sein.

Es ergibt sich somit, daß Satz 2 seinem Sinn entsprechend zu lesen ist: Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber nur und stets anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte [1].

Welche Fälle unter die Regelung des § 123 Abs.2 Satz 2 fallen, ist im einzelnen bestritten.

Streitig ist die Anwendbarkeit des § 123 Abs. 2 Satz 2 auf Verträge zu Rechten Dritter ( § 328 BGB). In der Wissenschaft des gemeinen Rechts war es bestritten, ob es möglich sei, durch Vertrag einem außenstehenden Dritten unmittelbar ein Recht zuzuwenden, oder ob dazu noch weitere Rechtsakte nötig seien. Das BGB hat sich nach dem klaren Wortlaut des § 328 der Vertragstheorie angeschlossen, die dem deutschen Recht entspricht und die Möglichkeit eines unmittelbaren Rechtserwerbs rein durch die Macht des Parteiwillens bejaht [2].

Es werden also die in der gemeinrechtlichen Wissenschaft noch vertretenen Auffassungen abgelehnt, daß ein Beitritt des Dritten oder eine Abtretung erforderlich sei. Das Recht der Zurückweisung des (bereits erworbenen) Rechts durch einseitige Willenserklärung steht dem nicht entgegen, da die Aufzwingung eines Rechts gegen den Willen vom Gesetz nicht gewollt ist [3].

1) Wie hier im Ergebnis Oertmann, § 123 B 3bß II;und B 5 (aber ohne Begründung). Ferner Manigk,Irrtum und Auslegung S.214, Anm.2, S.215,239; Brodmann, Handelsgeschäfte S.75; Lehmann,Grundriß des Allgem.Teils 1928,S.244 oben;vgl.auch Jung,Bürgerl. Recht, S.619. Anders, im Sinne der oben S.54 zu 1 angeführten Ansicht die h.M., aber ohne eingehende Stellungnahme.

2) Vgl. Leonhard,Allgem.Schuldrecht S.349;Heck,Grundriß d. Schuldrechts § 48,6.

3) Leonhard, a.a.O. S. 363.

Dennoch ist auch in neueren Lehren versucht worden, den Vertrag des § 328 in zwei Verträge, die bloß "in einem Zuge" vorgenommen würden, konstruktiv zu zerlegen (Hellwig[1]) oder ein einseitiges Rechtsgeschäft einzuschieben (Stammler[2]). Auf diese Weise würde aber ein unmittelbarer Rechtserwerb entgegen dem klaren Sinn des § 328 nicht mehr stattfinden. Es würde also eine klare Gesetzesbestimmung logischen (Denk)schwierigkeiten, über die man streiten kann, in begriffsjuristischer Übertriebenheit geopfert[3]. Es ist also davon auszugehen, daß ein rein unmittelbarer Rechtserwerb im Sinne des § 123 Abs. 2 Satz 2 stattfindet. Vor der Konsequenz seiner Lehre scheint Hellwig im übrigen selbst zurückzuscheuen, indem er hinsichtlich der Frage der Unmittelbarkeit die Anwendung des § 123 Abs. 2 Satz 2 auf Verträge zu Rechten Dritter nicht in Zweifel stellt.

Hellwig leugnet aber die Anwendbarkeit des Satz 2 auf Verträge zu Rechten Dritter aus anderen Gründen[4].

Die Regelung des Satz 2, daß für den Fall der Gutgläubigkeit des Gegners bei Bösgläubigkeit des Dritterwerbers ihm gegenüber doch angefochten werden kann, widerspricht nach Hellwig dem Wesen des Vertrages zu Rechten Dritter. Denn das Vertragsinteresse des Versprechensempfängers besteht gerade darin, daß der Dritte ein Recht erhält. Warum aber solle dieses Interesse dadurch unberücksichtigt bleiben, daß der Dritterwerber, für den der Versprechensempfänger nichts könne, getäuscht hat oder bösgläubig war?

Im Falle des § 335, wenn lediglich der Dritte ein Recht auf die Leistung erwerben soll, würde, worauf allerdings Hellwig nicht näher eingeht, das In-

1) a.a.O. S. 47 f.
2) Schuldverhältnisse, S. 171 f.
3) Leonhard, a.a.O. S. 350.
4) Hellwig, a.a.O. S. 286 ff. Dagegen insbesondere Planck-Flad, § 123 IV und die h.M. Vgl. insbesondere v.Tuhr, S.618, Anm. 85, Crome I, § 95, 4 e; Goldmann-Lilienthal, I § 39 3; Oertmann, § 123 Nr.3; Giese, Diss.S.18 ff.; Bauer, Diss. S. 46.

teresse des Versprechensempfängers völlig der "Bestrafung" des Dritterwerbers geopfert werden. Ja selbst dann, wenn er auch aus dem Vertrag ein Recht erlangt, die Leistung an den Dritten zu fordern, was nach § 335 die Regel ist, würde er zumeist dieses Recht auf dem Wege über § 139 verlieren[1]. Dies trifft allerdings dann nicht zu, wenn die Leistung zum Teil an den Versprechungsempfänger, zum Teil an den Dritten zu erbringen war, da dann das Recht des Versprechensempfängers bestehen bleibt[2].

Dem Versprechensempfänger kann mangels Anhalts im Gesetz kein Anspruch auf das negative Interesse, wie Enneccerus-Nipperdey[3] will, gegeben werden.

Der Beweisführung Hellwigs ist aber zu entgegnen, daß das Gesetz eben dieses Unwerturteil über das Verhalten des Dritterwerbers aus gesetzespolitischen Gründen bewußt vornimmt, wenn auch auf Kosten des Interesses des Versprechensempfängers.

Das gleiche Bedenken, das Hellwig gegen die Anwendbarkeit des § 123 Abs.2 Satz 2 auf die Verträge zu Rechten Dritter vorbringt, könnte man gegen die Anwendbarkeit des Satz 2 auf den Schuldübernahmevertrag zwischen dem Gläubiger und einem gutgläubigen Übernehmer geltend machen. Solche Verträge kommen nämlich für das Anwendungsgebiet des Satz 2 im Wege erweiternder Auslegung ebenfalls in Betracht. Zwar erwirbt der Dritte, der Urschuldner, kein Recht, aber doch einen Rechtsvorteil dadurch, daß er von seiner Schuld befreit wird. Diese Befreiung von der Schuld ist aber wirtschaftlich dem Erwerb eines Rechtes im Sinne des § 123 Abs,2 Satz 2 gleichzustellen[4]. Es hätte denn auch an dieser Stelle des Gesetzes besser der Ausdruck Rechtsvorteil gepaßt[5]. Die gelten-

1) Vgl. Hellwig S.286.
2) Endemann § 72 Anm. 15.
3) § 162 Anm. 16
4) v.Tuhr,S, 619 unten 620; Enneccerus-Nipperdey,§162 zu A.17; Enneccerus I,2 § 309 A.3;vgl.auch Heck a.a.O. § 50,1.
5) Anders wie in § 143 IV. Vgl. Manigk IheringsJ.83 S.51, We.Wg. S. 336, 337.

de Fassung ist wohl auf eine nicht sehr sorgfältige Redigierung[1] zurückzuführen. Die h.M.[2] und auch Hellwig[3] wenden denn auch mit Recht Satz 2 auf diese Fälle an[4]. Aber auch hier könnte man doch sagen, daß es dem Wesen eines derartigen Vertrages, der ja auch eine Art Vertrag zu Rechten Dritter darstellt, widerspreche, das vertragliche Interesse des Übernehmers an der unmittelbaren Befreiung des Dritten unberücksichtigt zu lassen. Denn die Befreiung stellt die Leistung des Gläubigers an den Übernehmer dar, und die Befreiung würde bei Bösgläubigkeit des zu Befreienden nach Satz 2 nicht eintreten.

Wenn Hellwig trotzdem hier die Anwendbarkeit des Satz 2 bejaht, so liegt darin ein Widerspruch. Hellwig geht auch auf diese Frage an der betreffenden Stelle[5] gar nicht näher ein. Dieser Widerspruch ist wohl daraus zu erklären, daß Hellwig doch jedenfalls ein Anwendungsgebiet des § 123 Abs. 2 Satz 2, dessen materieller Gehalt doch irgendwie zur Auswirkung gelangen muß, bestehen lassen wollte.

Für die Anwendbarkeit des Satz 2 auf den Vertrag zu Rechten Dritter spricht ferner die Entstehungsgeschichte dieser Norm. Denn gerade mit Rücksicht auf Unbilligkeiten, die sich bei Verträgen zu Rechten Dritter nach § 123 Abs. 2 Satz 1 ergeben hätten, wurde auf die Anregung Strohals[6], die sich bloß auf Verträge zu Rechten Dritter bezog, Satz 2 eingefügt. Gedacht wurde dabei an den Fall, daß ein Arzt eine Versicherungsgesellschaft über den Gesundheitszustand des A. täuschte, der sein Leben zugunsten seines Bruders B. versicherte. A. war gutgläubig, B. aber hatte von dem falschen Zeugnis des Arztes Kenntnis. Hier sollte die Gesellschaft gegenüber B. anfechten dürfen[7].

---

1) Ähnlich in § 143 IV; vgl. dazu Manigk a.a.O.
2) Vgl. etwa RGR-Komm. § 123 A.4; Planck-Flad § 123 IV; Enneccerus-Nipperdey § 162 zu A.17, Enneccerus I,2 § 309 A.3, v. Tuhr a.a.O. S.619,620; Krause a.a.O. S. 28; Mitteis in LZ. 1909 S.639 f. u. "Recht" 1909 S.669; Hellmann daselbst S.590,591.
3) a.a.O. S.170 A.337.
4) Vgl. die weiteren Ausführungen S.67 f.
5) a.a.O. S. 170.
6) IheringsJ. 34, S.347.
7) Vgl. Endemann, § 72 Anm.15, Crome, § 147 Anm.14.

Auch den weiteren Bedenken Hellwigs kann nicht zugestimmt werden. Er meint, daß die Anwendbarkeit des Satz 2 für die Regelfälle der Verträge zu Rechten Dritter (§ 335) schon deshalb zu verneinen sei, weil Satz 2 bloß Fälle betreffe, in denen n u r "ein anderer" ein Recht auf Leistung erworben habe. Nicht aber die Fälle, in denen a u c h der Erklärungsempfänger ein Recht erwerbe, nämlich die Leistung an den anderen zu verlangen[1]. Dem ist aber zu entgegnen, daß der Wortlaut des Satz 2 keineswegs eine solche einengende Auslegung fordert. Das Wort "soweit" spricht vielmehr im Gegenteil für die Anwendbarkeit gerade auch für solche Fälle.

Hellwig macht aber noch ein weiteres, meines Erachtens sehr beachtliches Bedenken geltend.

Er macht darauf aufmerksam[2], daß in den Fällen, in denen der Dritte das Recht auf die Leistung nicht sofort mit Vertragsschluß, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt (vgl. § 328), z.B. erst nach dem Tode des Versprechensempfängers erwirbt (§ 331), streng genommen nach Satz 2 erst von diesem Zeitpunkt ab eine Anfechtung in Frage kommen könne. Auf diese Weise würde aber die vom Gesetz gewährte Anfechtungsmöglichkeit illusorisch werden, wenn bereits vorher die Ausschlußfrist für die Anfechtung, deren Beginn an andere Zeitpunkte geknüpft ist (vgl. § 124) abgelaufen wäre. Würde z.B. der Versprechende z.Z. des Eintritts des Rechtserwerbs des Dritten bereits ein Jahr lang die Täuschung entdeckt haben, so würde seine Anfechtung nicht mehr möglich sein, obwohl er es nicht verabsäumt hätte, früher anzufechten, da ja eine Anfechtungsmöglichkeit vor dem Eintritt des Rechtserwerbs des Dritten nicht entstanden ist.

Ein solches vom Zufall abhängiges Ergebnis kann nicht aufrecht erhalten werden. Wir möchten aber hierbei einen Ausweg für möglich halten. Zwar muß es abgelehnt werden, gegen die klare Fassung des Gesetzes einen Rechtserwerb vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab anzunehmen[3]. Auch kann nicht mit der

1) Hellwig S.287.
2) a.a.O. S. 287, 288.
3) Vgl. Kress, Allgem. Schuldrecht S. 626.

Annahme geholfen werden, daß im Zeitpunkte des Vertragsschlusses zwar noch kein vollendetes Recht des Dritten zur Entstehung gelangt sei, daß aber doch bereits infolge ausreichender Gegenwartswirkungen vom Erwerb eines Rechts in diesem Zeitpunkt gesprochen werden könne. Den unklaren Ausdruck "Anwartschaftsrecht" [1] möchte Verfasser nicht verwenden, da er gerade über die Frage, ob ein Recht vorliegt, nichts aussagt [2].

Ausreichende Gegenwartswirkungen dürften aber nicht vorliegen. Zwar kann der Dritte unbeschadet darum, daß der Versprechensempfänger vor dem Zeitpunkt des Rechtserwerbs frei über den Anspruch verfügen kann [3], auch seinerseits eine Veräußerung seines zukünftigen Rechts vornehmen - eben für den Fall, daß es zur Entstehung gelangt. Aber es fehlt im Zweifel die Vererblichkeit. Stirbt z.B. der Bedachte im Falle des § 331 vor dem Eintritt des Todes des Versprechensempfängers, so wird der Schuldner völlig frei. Anders nur, wenn sich durch Auslegung ergibt, daß für diesen Fall die Erben bedacht sein sollten [4]. In diesem Falle dürfte bereits von einem Rechtserwerb gesprochen werden können.

Aber auch wenn Vererblichkeit nicht gegeben ist, sondern bloß Veräußerlichkeit, dürfte die Frage der Anwendung des § 123 Abs. 2 Satz 2 keine unlösbaren Schwierigkeiten bieten.

Denn wie wir bei der Frage der Anwendbarkeit von Satz2 auf Schuldübernahmeverträge bereits sahen, ist die Ausdrucksweise des Gesetzes "ein Recht erworben hat" nicht im strengen Sinne eines bereits entstandenen subjektiven Rechts zu nehmen, da auch Befreiung von einer Schuld darunter zu fassen ist. Schon dort haben wir die Auslegung im Sinne "einen Rechtsvorteil erlangt hat" empfohlen. Diese Auslegung soll

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 75,IV.
2) Vgl. Leonhard, Bürgerl.Recht,1933,S.11,I A.4.
3) was auf einen Widerruf des Rechts des Dritten hinauslaufen würde. Vgl. Leonhard,Allgem.Schuldrecht, S.360,361.
4) Vgl. Leonhard, a.a.O. S. 359 und 360 oben.

auch hier befolgt werden, dann ergibt sich eine einfache Lösung.

Zwar gelangt das Recht erst in dem maßgebenden zukünftigen Zeitpunkt zur Entstehung, aber ein Rechtsvorteil ist insbesondere infolge der Veräußerlichkeit bereits mit Vertragsschluß erlangt, und zwar ist das Erfordernis der Unmittelbarkeit ebenso gegeben, wie es bei späterer Entstehung des Rechts erfüllt ist.

Die Anfechtung ist also bereits vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab möglich.

Es hat sich somit ergeben, daß die Bedenken Hellwigs nicht genügend stichhaltig sind. § 123 Abs. 2 Satz 2 ist daher auf Verträge zu Rechten Dritter anwendbar.

Für die Frage, ob auf Zustimmungserklärungen S. 2 anwendbar ist, ergeben sich besondere Zweifel. Das oben erörterte Beispiel[1] sei hier aufgenommen. Der gesetzliche Vertreter V. hat seine Genehmigungserklärung dem gutgläubigen Verkäufer B. gegenüber erklärt. Kann V. gegenüber A. dem minderjährigen Käufer, seiner Erklärung anfechten, wenn A. die Täuschung verübt hat oder bösgläubig war?

Dies ist meines Erachtens zu verneinen. A. hat jedenfalls das Recht auf Übergabe und Übereignung des Motorrads (§ 433 Abs. 1 Satz 1) nicht allein aus der Genehmigung erworben, vielmehr aus dem abgeschlossenen Kauf + Genehmigung. Aber es fragt sich, ob die Genehmigung nicht der überwiegende Hauptgrund des Rechtserwerbs war, was wohl genügen würde. Eine solche überwiegende, den Kaufvertrag in den Hintergrund stellende Bedeutung hat aber die Genehmigung nicht. Man wäre vielleicht geneigt, sie deshalb auf den ersten Blick als den "entscheidenden" Erwerbsgrund hinzustellen, weil sie zuletzt erfolgte. Aber darauf, ob in einem einheitlichen Tatbestand ein Merkmal zeitlich später oder früher erfüllt wird, kommt es, weil oft bloße Zufallsfrage, nicht immer entscheidend an. Was zeitlich den Ausschlag gibt,

1) Vgl. S. 51.

braucht nicht wertgemessen die wichtigste Bedeutung zu haben. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich im vorliegenden Falle vergegenwärtigt, daß die Zustimmung ja gerade ebenso gut vorher als Einwilligung hätte erfolgen können. Hier, bei der Einwilligung, wird man doch kaum daran zweifeln, daß diese nicht den überwiegenden Grund für den Rechtserwerb bildet. Damit wird aber die Bedeutung der Zustimmung (in § 108) überhaupt in das rechte Licht gerückt.

Die Zustimmung bildet einen wensentlichen, nicht hinweg zu denkenden Tatbestandsteil der Wirksamkeit des Geschäfts. Aber den Hauptkern des Tatbestandes bildet doch der Abschluß des Geschäftes selbst. A. leitet seine Rechte aus dem Kaufvertrage nicht von V. her, sondern aus seinem eigenen rechtsgeschäftlichen Tun, das nur von V. gebilligt zu werden brauchte. Die Zustimmung ist - nicht anders wie etwa die Voraussetzung des § 110: Bewirkung der Leistung mit bestimmten Mitteln - nur eine Bedingung für die W i r k s a m k e i t des sonst schwebend unwirksamen Geschäfts.

Dieses Ergebnis erscheint auch durchaus billig. Denn ist der Erklärungsgegner, der Kaufmann B., bösgläubig, so kann ihm gegenüber nach Abs. 2 Satz 1 angefochten werden und zwar mit allgemeiner Wirksamkeit, also auch gegenüber dem A., der getäuscht hat oder bösgläubig war.

Ist der Erklärungsgegner, der Kaufmann B., aber gutgläubig, so wird sein Vertrauen geschützt, auch wenn dadurch der bösgläubige A. einen nicht verdienten Vorteil genießt. Denn bei Anwendung des Satz 2 wäre die Folge die, daß die Genehmigung dem A. gegenüber (§ 143 Abs. 1 und 2) angefochten werden könnte, zwar nach § 123 Abs. 2 Satz 2 nur mit Wirkung gegen A., nicht auch gegen den gutgläubigen B. Da aber damit der Rechtserwerb des Käufers A. entfallen würde, würde auf dem Wege über § 139 die relative Nichtigkeit zur Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrages führen. Damit würde B. im Ergebnis in seinem guten Glauben nicht geschützt werden. Das Gesetz will aber gerade das Vertrauen des Erklärungsgegners in

Satz 1 schützen. § 123 Abs. 2 Satz 2 darf daher nicht immer dann angewendet werden, wenn o h n e die Erklärung der andere das Recht n i c h t erworben hätte. Die Erklärung muß vielmehr positiv den Entstehungsgrund für das Recht bilden, und zwar unmittelbar d.h. ohne Hinzutritt weiterer rechtsgeschäftlicher Akte.

Hieraus ergibt sich, daß in unserem Fall bei Gutgläubigkeit des B. die Genehmigung, die ihm gegenüber abgegeben wurde, allgemein unanfechtbar ist, auch dem bösgläubigen A. gegenüber.

Gegen die Anwendung des Satz 2 im erörterten Fall und die damit, wie oben aufgezeigt, im Ergebnis notwendig verbundene Nichtberücksichtigung der Gutgläubigkeit des B. ließe sich noch ein anderes Bedenken geltend machen, nämlich ein gewisser Widerspruch zu dem vom Gesetz in § 108 Abs. 2 besonders gewollten Schutz des Geschäftsgegners (in unserem Fall des B). Er soll sich vor einem Schaden, der durch die Ungewißheit über die Erteilung der Genehmigung entstehen könnte, dadurch schützen können, daß ihm die Möglichkeit gegeben wird, selbst die Klarstellung herbeizuführen. Hierauf wird sogleich in einem weiteren Zusammenhang einzugehen sein.

Wie ist die Frage der Anfechtbarkeit zu beurteilen, wenn - unser Fall sei weiter als Beispiel verwandt - der gesetzliche Vertreter V. die Genehmigungserklärung, zu der ihn A. durch arglistige Täuschung bestimmt hat, nicht dem B., sondern dem A. gegenüber abgegeben hat?

In diesem Fall würde V. seine Erklärung nach § 123 Abs. 1 anfechten können, da die Täuschung der Erklärungsgegner A. begangen hat. Hat ein "Dritter" den V. getäuscht, und war A. bösgläubig, so kann V. seine Genehmigungserklärung nach § 123 Abs. 2 Satz 1 anfechten.

Da wir oben erkannten, daß Satz 2 des Abs. 2 nicht anwendbar ist, so daß die Anfechtung auch dem gutgläubigen B. gegenüber wirkt, scheint es, als ob der gute Glaube des B. hier nicht geschützt würde.

Dies trifft aber nicht ganz zu. Denn dem B.war selbst vom Gesetz die Möglichkeit gegeben,zu verhüten, daß sein guter Glaube an die Rechtsbeständigkeit der dem A. gegenüber erklärten Genehmigung ihm zum Nachteil gereichte. Denn er hätte unbeschadet um die bereits dem A. gegenüber erklärte Genehmigung den V. zur Erklärung über die Genhmigung auffordern können (§ 108 Abs. 2). Mit dieser Aufforderung wäre nach § 108 Abs. 2,Satz 1, 2. Halbsatz die an A. erteilte Genehmigung unwirksam geworden, ohne Rücksicht auf eine mögliche oder nicht mögliche Anfechtbarkeit. Damit hätte B. die Ungewißheit über eine etwaige Anfechtbarkeit nach § 123 beseitigen und eine Erklärung des V. ihm selbst gegenüber herbeiführen können. Damit würde für die Frage einer Anfechtbarkeit (nach § 123) einer daraufhin ihm gegenüber erklärten Genehmigung seine eigene subjektive Stellung als Erklärungsempfänger maßgebend gewesen sein. War er also gutgläubig, so hätte die Genehmigung nach § 123 Abs. 2 Satz 1 nicht angefochten werden können.

Wäre die Genehmigung innerhalb von 2 Wochen nicht erklärt oder wäre sie verweigert worden, so hätte der Geschäftsgegner,B.,seine Folgerung ziehen und insbesondere davon abstehen können, sich weiter mit A. einzulassen. Er hätte sich also vor einem Nachteil seines Vertrauens selbst schützen können.Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß es Fälle geben kann, in denen dem Geschäftsgegner schnelles Handeln vor Ablauf der Wartefrist von 2 Wochen geboten erscheint, so daß im Einzelfall ein Schaden nicht ausgeschlossen ist.

Es ist auch zu beachten, daß der Geschäftsgegner bei der Aufforderung im Sinne des § 108, Abs. 2 damit rechnen muß, daß trotz bereits erfolgter Genehmigung der gesetzliche Vertreter sich nun anders verhält.

Wie steht es mit der Anfechtbarkeit der vorherigen Zustimmung (Einwilligung vgl. §§ 182 Abs.1,183 BGB)?

Der angeführte Fall sei z.B. dahin abgewandelt, daß B. die Minderjährigkeit vor Kaufabschluß kannte und sich vor erfolgter Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht mit A. vertraglich binden wollte.

V. hat daraufhin infolge arglistiger Täuschung des F. die Einwilligung dem B. oder dem A. gegenüber erteilt. Hinsichtlich der Frage der Anfechtbarkeit gilt hier das gleiche wie im Falle der Genehmigung. Nur fragt es sich, wie es hier mit dem Schutz nach § 108 Abs. 2 bestellt ist.

Ein innerer Grund für eine unterschiedliche Behandlung ist meines Erachtens nicht gegeben [1]. Trotzdem muß in Übereinstimmung mit der weitaus herrschenden Meinung der Schutz hier versagt werden. Denn das Wort "Genehmigung" in § 108 verträgt an dieser Stelle, ebenso wie z.B. in § 177 Abs. 2 keine erweiternde Auslegung oder analoge Anwendung auf die "Einwilligung" [2]. Gerade in den betreffenden Gesetzesabschnitten soll sich ja die Klammerdefinition des § 184 Abs. 1 bewähren. Es handelt sich ferner immerhin um eine Ausnahmebestimmung, so daß hinsichtlich einer Ausdehnung besondere Vorsicht geboten ist [3]. Anders bei der "Genehmigung" des Vormundschaftsgerichts, wo der Ausdruck auch die vorherige Zustimmung umfaßt, aber "Zustimmung" in einem anderen Sinne, nämlich nicht eines Privatrechtsgeschäfts, sondern einer "Staatswillenserklärung" [4]. Allerdings erhält meines Erachtens in § 1829 BGB der Ausdruck "Genehmigung" infolge des Zusammenhangs mit Abs. 1 auch hier den Sinn nachträglicher Zustimmung [5].

Bei der Einwilligung wird also der gutgläubige B. im Falle der Anfechtung der gegenüber A. erklärten Einwilligung überhaupt nicht geschützt.

Wie oben S. 59 ausgeführt, findet Satz 2 auch Anwendung auf den Schuldübernahmevertrag des § 414 BGB.

Wird der Gläubiger durch arglistige Täuschung

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 143 Anm. 8, Endemann § 29, Anm. 32; vgl. auch v. Tuhr, S. 350.

2) Vgl. v. Tuhr, S. 349, 350; RGR-Komm. § 108, 1; Enneccerus-Nipperdey § 143, Anm. 8 und § 170, 7; Oertmann, § 108, 4 a; Planck-Flad § 108, 2; a.A. Endemann, § 29 Anm. 32, S. 135.

3) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 143, Anm. 8.

4) Vgl. Wolff, Familienrecht, § 115, VI, 1.

5) Vgl. RGR-Komm. § 1829, 2; a.A. Endemann, § 29 Anm. 31.

zum Abschluß des Vertrages bestimmt, so kann er, wenn z.B. der Übernehmer gutgläubig, der Schuldner aber bösgläubig war oder gar selbst die Täuschung verübt hat, diesem gegenüber nach Satz 2 des § 123 Abs.2 in V.m. § 143 Abs. 1 und 2 anfechten.

Die Folge ist, daß die Forderung gegen den Schuldner nach § 142 Abs. 1 wieder hergestellt und die Forderung gegen den Übernehmer nach § 139 rückwirkend aufgehoben wird. Denn der Übernehmer wollte ja nicht n e b e n dem Schuldner haften, sondern a n d e s s e n S t e l l e .

Ist der Übernehmer durch arglistige Täuschung zum Abschluß des Übernahmevertrages bestimmt worden, so ist ebenfalls eine Anfechtbarkeit dem bösgläubigen und erst recht dem täuschen Schuldner gegenüber nach § 123 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 142 Abs. 1 und 2 gegeben. Die Anfechtung hat nicht etwa nur die obligatorische Wirkung auf das Verhältnis des Übernehmers zum Schuldner, daß der Übernehmer vom Schuldner Befreiung von der übernommenen Schuld verlangen kann, der Schuldner aber dem Gläubiger gegenüber von seiner Schuld befreit und die Forderung des Gläubigers gegen den Übernehmer bestehen bleibt[1]. Vielmehr wird durch die Anfechtung die Befreiung des Schuldners und damit nach § 139 BGB die Forderung des Gläubigers gegen den Übernehmer rückwirkend aufgehoben (§ 142 Abs. 1)[2].

Die Vorschrift des Satz 2 hat auch Bedeutung für die Schuldübernahme des § 415 BGB.

Ist z.B. eine Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer und Genehmigung des Gläubigers nach § 415 wirksam erfolgt, so kann der Übernehmer, wenn er durch arglistige Täuschung, die der Gläubiger kannte oder kennen mußte[3] oder gar selbst verübt hat, zum Abschluß des Vertrages bestimmt worden ist, dem Gläubiger gegenüber nach Satz 2 anfechten, auch wenn der Schuldner gutgläubig war. Denn die Voraussetzung eines unmittelbaren Rechtserwerbs aus dem Vertrage zwischen Schuldner und Über-

1) So irrig v.Tuhr II,1 S.620.
2) Vgl. auch Krause a.a.O.S.28.
3) d.h. infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (§ 122 Abs. 2 BGB).

nehmer dürfte in ausreichendem Maße gegeben sein.

Der Gläubiger erwirbt im Falle des § 415 BGB die Forderung gegen den Übernehmer in der Hauptsache aus dem Übernahmevertrag mit dem Schuldner 1).

Für die Befreiung des Schuldners liegt zwar der Schwerpunkt auf der Genehmigung. Denn es ist eine Angelegenheit des Gläubigers, ob er durch Zustimmung zur Verfügung über sein Forderungsrecht entsprechend § 185 BGB 2) seinen Schuldner freigeben will.

Für die Erlangung des Forderungsrechts gegen den Übernehmer ist aber dessen Verpflichtungsgeschäft die Hauptsache 3).

Die Wirkung der Anfechtung besteht darin, daß der Gläubiger seine Forderung gegen den Übernehmer mit Rückwirkung verliert (§ 142 Abs. 1 BGB), womit auch nach § 139 BGB die Befreiung des Schuldners wegfällt. Im Verhältnis zwischen dem Übernehmer und Schuldner bleibt jedoch entsprechend § 415 Abs.3 BGB eine Erfüllungsübernahme bestehen 4).

Gemäß unseren obigen Darlegungen, wonach Satz 2 nicht nur eine Erweiterung des Anfechtungsrechts darstellt, sondern auch eine Einschränkung, ergibt sich eine Anwendbarkeit auch zu Gunsten des Gläubigers.

Ist der Übernehmer nämlich durch die arglistige Täuschung eines Dritten, die der Schuldner kann-

---

1) Vgl.Oertmann zu § 123,B 3 bß II;Mitteis in LZ.1909 S.642.

2) Verfasser steht hinsichtlich der Rechtsnatur der Schuldübernahme des § 415 BGB auf dem Boden der Verfügungstheorie, und zwar in der besonderen Ausgestaltung, die sie bei Leonhard erfährt (Doppelgeschäftstheorie). Auf den Theorienstreit näher einzugehen, würde hier zu weit führen. Vgl. insbesondere Leonhard, Allgem. Schuldrecht, S. 686 f., insbesondere 690; Manigk, Art "Schuldübernahme" in Hdwb. der Rechtsw. Bd. 5, insbesondere S. 373; Regelsberger, in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, 2, S. 532; Arch. f. d. civ. Praxis 67, S. 24 ff.; Enneccerus, Schuldrecht § 308; Oertmann, Vorbem. 5 vor § 414 f. Kress, Allgem. Schuldrecht, S. 523; Motive II, S. 145; zur Angebotstheorie vgl. neuerdings Jung, Bürgerl. Recht, S. 853, Heck, Schuldrecht § 73.

3) Deshalb richtig Doppelgeschäftstheorie Leonhards. Vgl. Anm. 2 oben

4) Vgl. v. Tuhr, a.a.O. S. 620, Krause a.a.O. S. 29.

te oder fahrlässiger Weise[1] nicht kannte, zum Abschluß des Übernahmevertrages bestimmt worden und hat der Gläubiger in nicht fahrlässiger Unkenntnis von der Täuschung die Genehmigung erteilt, so ist die vom Übernehmer dem Schuldner gegenüber (nach Abs.2 Satz 1 § 143 Abs. 1 und 2, 1. Halbsatz) erklärte Anfechtung dem Gläubiger gegenüber unwirksam. Er behält also seine Forderung gegen den Übernehmer an Stelle der Forderung des ursprünglichen Schuldners.

Hier zeigt sich, worauf Mitteis[2], allerdings de lege ferenda eindringlich hinweist, besonders deutlich, zu welch unbefriedigenden Ergebnissen die Auffassung, daß Satz 2 nur eine Erweiterung des Anfechtungsrechts darstelle, führt. Nach dieser Auffassung würde die dem bösgläubigen Schuldner gegenüber nach Satz 1 erklärte Anfechtung auch gegenüber dem Gläubiger trotz seines guten Glaubens wirken. Der Gläubiger würde also um seine Forderung gegen den Übernehmer gebracht sein und auf den Urschuldner zurückverwiesen werden, "um dessen Solvenz er sich, da er ihn befreit glaubte, vielleicht längst nicht mehr gekümmert, dem er vielleicht die Pfänder zurückgegeben und die Bewilligung zur Umschreibung der Hypotheken in Eigentümer-Hypotheken erteilt hat "[3]. (Vgl. § 418 BGB).

Dieses Ergebnis befremdet umsomehr, als der Gläubiger - insofern anders als beim Vertrag zu Rechten Dritter - am Rechtsgeschäft der Schuldübernahme durch seine Genehmigung selbst teilgenommen hat.

Ein befriedigendes Ergebnis läßt sich ohne die von uns vertretene Auffassung nur dann erzielen, wenn man der von der h.M. und uns abgelehnten Angebotstheorie[4] folgt[5].

---

1) Vgl. § 276 Abs.1, Satz 2 BGB sowie Anm.3 S.68.
2) In LZ 1909 S.639 f. und im "Recht" 1909 S.669 in Erwiderung auf die Angriffe Hellmanns, daselbst S. 590, 591.
3) Vgl. Mitteis a.a.O. S.641 oben.
4) Vgl. v. Blume, Iherings J. 39 S.390 f., Hellwig, a.a.O. S.159 ff., Seuffert, bei Bekker und Fischer 11, 44 und neuerdings Heck, Grundriß des Schuldrechts §73 Jung, Bürgerl. Recht S.853.
5) Auf die Gründe der Ablehnung kann hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. insbesondere Leonhard a. a.O. S.638, 639, Manigk, Handw. der Rechtsw. Art. "Schuldübernahme" S.372, 373.

Nach dieser Theorie kommt die Schuldübernahme des § 415 BGB, ebenso wie die des § 414 BGB, durch einen Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger zustande. Während die Abrede zwischen Übernehmer und Schuldner nicht mehr als eine bloße vorbereitende interne Erfüllungsübernahme bedeutet, stellt die Mitteilung der Schuldübernahme durch den Übernehmer nach dieser Lehre ein Vertragsangebot an den Gläubiger dar, dessen "Genehmigung" die Erklärung der Annahme bedeutet. Daß die Mitteilung des § 415 BGB auch vom Schuldner ausgehen kann, wird damit erklärt, daß der Schuldner in diesem Falle als Vertreter des Übernehmers mit stillschweigend [1] erteilter Vertretungsmacht auftrete.

Wird nun der Übernehmer durch die arglistige Täuschung eines Außenstehenden zu der internen Erfüllungsübernahme bestimmt und war der Schuldner bösgläubig, so kommt eine Anwendungsmöglichkeit des Abs. 2 Satz 2 überhaupt nicht in Betracht. Vielmehr ist bloß Satz 1 anwendbar, d.h. der Gläubiger wird in seinem guten Glauben geschützt.

Der Reichsgerichtsräte-Kommentar[2] führt einen weiteren Anwendungsfall des § 123 Abs.2 Satz 2 an: § 28 HGB. Eine Begründung für diese Auffassung wird nicht gegeben. Einige Zeilen weiter wird nur eine Entscheidung[3] des Reichsgerichts, die sich mit dem Tatbestand des § 28 HGB befaßt, mitgeteilt.

Die gleiche Entscheidung des RG führt Brodmann[4] als Stütze seiner Ansicht an, daß im Falle des durch arglistige Täuschung herbeigeführten Eintritts in eine bestehende offene Handelsgesellschaft oder einer ebenso herbeigeführten Übernahme eines Handelsgeschäfts mit den Passiven einem Gläubiger gegenüber, der bösgläubig ist, die Täuschung geltend gemacht werden könne.

---

1) M.E. läuft dies auf eine reine Fiktion hinaus. Vgl.auch Leonhard a.a.O.S.689, Enneccerus, a.a.O. Anm.21, Mitteis in LZ 1909 S. 641.

2) Anm. 4 zu § 123.

3) RG 76, 439 f.

4) Handelsgeschäfte, a.a.O. S. 75.

Die Frage, ob diese Tatbestände der §§ 28, 25 Abs.1, 130, 173 HGB Anwendungsfälle des § 123,Abs.2 Satz 2 BGB sind, ist bisher nicht weiter untersucht worden. Es wird sich zeigen, daß diese Frage zu verneinen ist.

Zunächst muß klar erkannt werden, daß die Entscheidung des RG[1] nicht als Stütze für die oben wiedergegebene Ansicht herangezogen werden kann[2]. Denn die zitierte Entscheidung befaßt sich mit einem Tatbestand, der von § 123 Abs. 2,Satz 2 gar nicht getroffen wird. Denn der ganze Absatz 2, also auch S. 2, trifft, wie wir oben erkannten, nur den Fall, in dem nicht der Erklärungsgegner die Täuschung verübt hat, sondern ein Dritter. Hat in diesem Fall jemand aus der Erklärung des Getäuschten unmittelbar ein Recht erworben, so soll für die Anfechtbarkeit ihm gegenüber seine eigene subjektive Stellung maßgebend sein. D.h. nur und stets wenn er bösgläubig war,soll er das Recht nicht (endgültig) erwerben.

In Entscheidung Bd. 76,S.439 f. handelt es sich aber um einen Fall, in dem der Erklärungsgegner selbst die Täuschung verübt hat (der Einzelkaufmann nach § 28 HGB). Damit entfällt bereits die Grundlage für die Heranziehung dieser Entscheidung für § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB. Der Satz, in dem das RG den § 123 Abs. 2 (ohne Angabe, ob Satz 1 oder 2 gemeint) erwähnt, ist scheinbar vom Reichsgerichtsräte-Kommentar wie auch von Brodmann mißverstanden worden. Es heißt dort: "Die auf Grund der arglistigen Täuschung der Wwe.R (der Geschäftsinhaberin nach § 28) vom Beklagten geltend gemachte Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages und der zum Handelsregister abgegebenen Erklärungen würde dem Gläubiger gegenüber nur dann gemäß § 123, Abs. 2 BGB von Bedeutung sein,wenn er die Täuschung kannte oder hätte kennen müssen."

Mit diesem Satz will das Reichsgericht nicht etwa sagen, daß immer einem bösgläubigem Geschäfts-

1) a.a.O.

2) Vor allem nicht von Brodmann, der die Entscheidung, die sich allein mit § 28 HGB befaßt fürdie Tatbestände der §§ 25 (Abs. 1 wohl) und 130, die er allein anführt, verwendet.

gläubiger gegenüber angefochten werden könne, auch wenn der Erklärungsgegner, der Einzelkaufmann in § 28 HGB, nicht die Täuschung verübt hat und auch nicht von ihr wußte oder wissen mußte.

Denn sollte § 28 HGB unter § 123 Abs. 2, Satz 2 fallen, so darf nicht bloß die dem Dritterwerber günstige Seite dieser Norm, der Vertrauensschutz, sondern muß ebenso die ihm ungünstige Folge betrachtet werden, nämlich, daß er trotz Gutgläubigkeit des Gegners bei eigener Bösgläubigkeit das Recht doch nicht erwirbt. Davon spricht das Reichsgericht aber in keiner Weise.

Das Reichsgericht hatte vielmehr in der zitierten Entscheidung von der Tatsache auszugehen, daß der Erklärungsgegner die Täuschung verübt hat und deshalb ihm gegenüber angefochten werden konnte. Es handelte sich in der Entscheidung nur um die Frage, ob diese auf § 123 Abs. 1 BGB gestützte Anfechtung einem Geschäftsgläubiger gegenüber wirke. Diese Frage, die nach Bürgerlichem Recht zu bejahren wäre, da die Anfechtung nach Abs. 1 jedenfalls allgemein wirkt, ist aber infolge des besonderen, gewohnheitsrechtlich ausgebildeten Schutzes des Handelsverkehrs [1] nur dann zu bejahen, wenn der Geschäftsgläubiger bösgläubig war. Lediglich diesen Gedanken, daß der besondere Schutz des Handelsverkehrs nur dem gutgläubigen Verkehr zugute komme, drückt der angeführte Satz der Entscheidung aus.

Dieser besondere Vertrauensschutz beruht nun nicht auf der Anwendbarkeit des § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB. Denn der handelsrechtliche Gewohnheitssatz knüpft nicht an den Gesellschaftsvertrag oder den Geschäftsübernahmevertrag (§ 25 Abs. 1 HGB) an, sondern an eine besondere "in handelsüblicher Weise an die Öffentlichkeit abgegebene Erklärung". Da eine solche "Erklärung an die Öffentlichkeit ... " im Tatbestand des § 28 HGB vorliegt [2], ist die Voraussetzung für

1) Vgl. dazu Ehrenberg Handbuch, I, S. 644 ff.; Gierke, Handelsrecht, S. 57, Z, 4; Staub, zu § 123 HGB, Einleitung; vgl. auch Müller-Erzbach, Handelrecht, 68.

2) Denn jedenfalls im Falle des § 123 Abs. 1 HGB liegt eine solche Erklärung vor. § 28 HGB verlangt eine nach außen in Wirksamkeit getretene Gesellschaft. Vgl. § 123 HGB.

die Anwendung dieses Gewohnheitsrechtssatzes gegeben.

Das RG will daher in seiner Entscheidung nicht sagen, daß § 28 HGB ein Anwendungsfall des § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB, sondern ein Anwendungsfall dieses handelsrechtlichen Gewohnheitssatzes sei.

Es ergibt sich somit, daß die zitierte Entscheidung nicht für die Ansicht herangezogen werden kann, § 28 HGB falle unter unseren § 123 Abs.2 Satz 2 BGB.

Die Heranziehung dieser Entscheidung ist deshalb erklärlich, weil sich der in der Entscheidung ausgesprochene Schutz des gutgläubigen Geschäftsgläubigers im Ergebnis hier scheinbar mit dem Schutz des Dritterwerbers in § 123 Abs.2 Satz 2 BGB deckt. Man übersieht aber, daß der Schutz in § 28 HGB auf dem b e s o n d e r e n, im Handelsrecht ausgebildeten Gewohnheitsrechtssatz beruht. Beruhte er auf § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB, so würde die in dieser Norm gebotene Benachteiligung des bösgläubigen Dritterwerbers auch im Falle der Gutgläubigkeit des Gegners - ebenfalls in § 28 HGB anzuwenden sein. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung und der daraus sich ergebenden Folgen ergibt daher noch folgende Betrachtung.

In dem Falle innerhalb des § 28 HGB, in dem ein Dritter die Täuschung verübt und der Einzelkaufmann bösgläubig war, handelt es sich darum, ebenso wie bei Täuschung durch den Einzelkaufmann selbst, ob die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages, der nach § 123 Abs. 1 oder Abs. 2 Satz 1 BGB angefochten wird, auch dem Rechtsverkehr gegenüber wirkt. Hier entscheidet, wie wir sahen, der Gewohnheitsrechtssatz: Da in § 28 eine "Erklärung ... an die Öffentlichkeit" vorliegt, wirkt die Nichtigkeit nicht einem gutgläubigen, wohl einem bösgläubigen Geschäftsgläubiger gegenüber.

Wie ist es aber, wenn der Einzelkaufmann nicht getäuscht und auch nicht bösgläubig war? Die Frage einer Wirksamkeit der Nichtigkeit nach außen, dem Verkehr gegenüber, taucht hier gar nicht auf, denn der Gesellschaftsvertrag ist ja dann dem Gegner gegenüber gar nicht anfechtbar. Die Problemlage des handelsrechtlichen Gewohnheitsrechtssatzes ist gar

nicht gegeben. Ein Schutz vor der - internen -Nichtigkeit kommt gar nicht in Frage. Es taucht bloß die Frage auf, ob t r o t z Unanfechtbarkeit des Gesellschaftsvertrages gegenüber dem Gegner doch eine Anfechtbarkeit gegenüber dem bösgläubigen Rechtsverkehr zulässig ist.

Diese Frage müßte bejaht werden, wenn man § 28 HGB als einen Anwendungsfall des § 123 Abs.2 Satz 2 BGB ansieht.

In diesem Fall müßte aber auch auf der anderen Seite in anderen gesetzlichen Tatbeständen, in denen der besondere Schutz des redlichen Verkehrs nicht bereits auf Grund des handelsrechtlichen Gewohnheitsrechtssatzes gegeben ist, ein Schutz durch § 123 Abs. 2 Satz 2 gewährt werden. Allerdings nicht so weitgehend, weil nur im Falle der Täuschung durch einen Dritten Satz 2 des Abs. 2 anwendbar ist, der handelsrechtliche Rechtssatz aber stets.

Das RG befaßt sich mit diesem Problem in der zitierten Entscheidung in keiner Weise, brauchte es auch gar nicht zu berühren [1].

Wenn im Reichsgerichtsräte-Kommentar § 28 HGB ohne jede weitere Unterscheidung neben die Anwendungsfälle des Vertrages zur Rechten Dritter und der Schuldübernahme gestellt wird, so spricht daraus be-

1) In dem oben zitierten Satz des RG ist allein § 123 Satz 1 des Abs. 2 gemeint. Das RG begründet nicht, wie § 123 Abs. 2 im Zusammenhang mit dem handelsrechtlichen Vertrauensschutz anwendbar sein soll. Es scheint, daß das RG in der "Erklärung an die Öffentlichkeit in handelsüblicher Weise" eine nach § 123 Abs. 2 Satz 1 zu behandelnde Erklärung sieht, für deren Anfechtbarkeit gegenüber dem einzelnen es auf den bösen Glauben jedes einzelnen aus der Öffentlichkeit ankommt. Damit würde das RG sich unbewußt mit der auch hier vertretenen Auffassung treffen, daß Abs. 2 Satz 1 auch auf Erklärungen mit unbestimmtem Kreis von Gegnern, bei Erklärungen an die Öffentlichkeit, wie z.B. Auslobung, anzuwenden ist. Eine interessante Stütze für unsere oben im 1. Abschnitt dargelegte Ansicht. Die Frage, ob diese "Erklärung an die Öffentlichkeit" im Sinne des handelsrechtlichen Gewohnheitsrechtssatzes aber als Willenserklärung oder Mitteilung aufzufassen oder wie sonst ihre Rechtsnatur ist, bedarf einer Sonderuntersuchung. Es scheint uns, daß der von Manigk herausgearbeitete Begriff des typisierten Verhaltens auch diese Erscheinung methodisch zu klären vermag.

reits die methodische Unklarheit, die zur Heranziehung des § 28 HGB geführt hat (das gleiche gilt für die §§ 25,Abs.1, 130, 173 HGB).

Das Recht des Dritten beim Vertrag zu Rechten Dritter und die Schuldbefreiung bei der Schuldübernahme sind r e c h t s g e s c h ä f t l i c h begründet. Das Recht, das den Gläubigern nach § 28 HGB gegen die Gesellschaft und nach § 28 in Verbindung mit § 128 HGB gegen den Gesellschafter persönlich zusteht, beruht nicht auf rechtsgeschäftlicher Begründung, sondern tritt im Anschluß an die Gesellschaftsgründung e x l e g e ein. Das Recht der Gläubiger ist in dem § 28 und den übrigen genannten §§ nicht vom konkreten Parteiwillen abhängig,sondern die Rechtsordnung setzt selbständig die Rechtsfolge der Haftung fest (insoweit gleichen sich die ergänzenden Rechtssätze der §§ 25 Abs.1, 28 und die zwingenden Rechtssätze der §§ 173, 130 HGB). Sie knüpft nur in den angeführten Paragraphen an das Rechtsgeschäft des Eintritts in die Gesellschaft usw. an. Es muß aber methodisch beachtet werden, daß auch die rechtsgeschäftlich begründeten Rechtsfolgen von der Rechtsordnung gewährt werden. Während aber der Wille der Parteien auf Grund der unserem bürgerlichen Recht immanenten Grundnorm [1] die Rechtswirkungen selbst maßgeblich zu bezeichnen vermag,die nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts eintreten sollen, treten die durch ergänzende oder zwingende Rechtssätze normierten Rechtsfolgen unabhängig von dem konkreten Willen der Parteien ein.

Es ist daher von großer Bedeutung, ob die Willenserklärung bloß Tatbestand der Grundnorm oder Tatbestand eines ergänzenden oder zwingenden Rechtssatzes ist. Diese Scheidung, die vor allem für die Frage der Anfechtbarkeit wegen Inhaltsirrtums [2] ent-

---

1) Vgl. darüber die eingehenden Ausführungen Manigks vor allem in der RG-Festgabe, a.a.O. S.185 ff. ; Artikel: "Rechtswirkung" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft; ferner IheringsJ. 83, 1 f. Zur philosophischen Erfassung er Rechtswirkung vgl. Manigk, IheringsJ. 49, S. 459 ff.

2) Vgl. dazu Manigk, Irrtum und Auslegung S.117 ff.; Oertmann,Rechtsordnung und Verkehrssitte,u.a.

scheidend ist, muß auch für die Auslegung des §123 Abs.2 Satz 2 BGB herangezogen werden, was bisher nicht beachtet wurde.

Damit im Falle der Täuschung durch einen Dritten bei Gutgläubigkeit des Gegners einem Dritterwerber gegenüber angefochten werden kann, und damit im Falle der Bösgläubigkeit des Gegners ein Vertrauensschutz eines Dritterwerbers Platz zu greifen vermag, fordert das Gesetz nicht bloß, daß die Erklärung dem Dritten irgendwie zugute komme, sondern daß der Dritte "a u s d e r E r k l ä r u n g unmittelbar ein Recht erworben" habe. Unmittelbar bedeutet: ohne neuen rechtsgeschäftlichen Akt. Aber das zweite Erfordernis darf nicht übersehen werden. Das Gesetz sagt nicht: Soweit ein anderer als derjenige, demgegenüber die Erklärung abzugeben war, i n f o l g e der Erklärung ein Recht erworben hat ..., sondern : a u s der Erklärung. Will man nicht gegenüber jedem bösgläubigen Dritten zu einer Zulassung relativer Anfechtbarkeit und damit zu einer uferlosen Ausdehnung des Anwendungsgebietes des Satz 2 gelangen, die den Rechtsverkehr in unzumutbarer Weise belasten würde, so darf der Personenkreis des "Dritterwerbers" im Sinne des Satz 2 nicht unbegrenzt bleiben. Eine solche Abgrenzung ist ferner deshalb geboten, damit nicht andererseits bei Gutgläubigkeit von Dritten der Getäuschte jedem Gutgläubigen gegenüber an seiner durch Täuschung herbeigeführten Erklärung festgehalten wird.

Die Rechtsordnung stellt bei der Täuschung durch einen Dritten im Gegensatz zur Drohung[1] für die Frage der Anfechtbarkeit auf den guten oder bösen Glauben und damit auf die Schuld des Gegners und Dritterwerbers ab. Diese, wie wir sahen, selbständige Voraussetzung der Anfechtbarkeit dem Dritterwerber gegenüber enthält ein Doppeltes:
1. Vertrauensschutz. Ist der Dritte schuldlos, so geht sein Interesse dem des Getäuschten an der Durchsetzung seines wahren Willens vor. Und zwar dies auch dann, wenn der Gegner bösgläubig, also schuldhaft war.

1) Vgl. näher weiter unten S.83,84.

2. Nachteil des Dritterwerbers bei eigener Schuld. Dann tritt wieder das Interesse des Getäuschten in den Vordergrund, weil der Dritterwerber nicht schutzwürdig ist. Und zwar auch dann, wenn der Gegner gutgläubig, also schuldlos war.

Beide Seiten dieses Gebotsinhalts des Satz 2 des § 123 Abs. 2 BGB sind nur dann gerechtfertigt, wenn der Dritte sein Recht aus der Erklärung auf Grund des rechtsgeschäftlichen Willens des Getäuschten erworben hat.

Ob man die Bedeutung des Abs. 2 Satz 2 nur in der Erweiterung der Anfechtbarkeit oder, wie wir, auch in der Beschränkung der Anfechtbarkeit sieht, ist für die Entscheidung der hier behandelten Frage nicht maßgeblich.

Daß die in Satz 2 normierte Erweiterung der Anfechtungsmöglichkeit zu Lasten des Dritterwerbers (vgl. oben unter Ziffer 2.) im Falle ex lege gewährter Rechte ungerechtfertigt ist, wird uns sogleich unten beschäftigen.

Der zu oben 1. gekennzeichnete Vertrauensschutz, die Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeit, ist, wie jeder Vertrauensschutz, nur dann gerechtfertigt, wenn der Erklärende durch seine Erklärung ein Vertrauen bei dem Dritten h e r v o r g e r u f e n hat. Jedem Vertrauensschutz eines Rechtsgenossen muß ein dieses bestimmte Vertrauen erweckendes Verhalten eines anderen Rechtsgenossen zugrundeliegen. Von einer Schutzbedürftigkeit des Vertrauens kann nur innerhalb des Verkehrs der Rechtsgenossen untereinander gesprochen werden. In sämtlichen, in unserem bürgerlichen Recht vorkommenden Fällen des Vertrauensschutzes liegt dem geschützten Vertrauen ein gleichsam garantierendes Verhalten eines anderen zugrunde, auf das sich zu verlassen die Rechtsordnung in bestimmten Fällen gestattet. D.h. die Gefahr des Vertrauens im Rechtsverkehr wird von der Rechtsordnung in besonderen Fällen dem Vertrauenden abgenommen.

Dort, wo die Rechtsordnung selbst unabhängig vom konkreten Parteiwillen Rechte zuweist, fehlt es an der Grundlage für einen "Vertrauens"schutz. Dort ist es Sache des Betreffenden, zu prüfen, ob die vom

Gesetz v o r a u s g e s e t z t e n Tatbestandsstücke auch wirklich gegeben sind.

Der in § 28 HGB und den anderen genannten §§ des HGB zu gewährende Schutz knüpft denn auch an ein besonderes Vertrauen erweckendes Verhalten des Eintretenden usw. an. Erst die handelsübliche Erklärung an die Öffentlichkeit, wie Registereintrag, ist die Grundlage des Vertrauensschutzes; die Öffentlichkeit wird damit durch das Verhalten des Eintretenden [1] auf das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen besonders h i n g e w i e s e n .

Wo solches fehlt, fehlt die Grundlage für einen Vertrauensschutz, auf Grund dessen es sich der Getäuschte gefallen lassen müßte, daß er an seiner durch Täuschung herbeigeführten Willenserklärung festgehalten wird.

Dieses Fehlen einer Beziehung des Dritten zum Erklärenden verbietet es aber auf der anderen Seite, dem Dritten das kraft Gesetzes erworbene Recht zu entziehen, wenn der Erklärende seine Erklärung dem Gegner gegenüber nicht anzufechten vermag, auch dann, wenn der Dritte von der Täuschung erfahren hatte oder wissen mußte [2].

Die Erweiterung der Anfechtbarkeit bei Bösgläubigkeit des Dritterwerbers beruht auf einer Zurechnung der Täuschung. Dem Dritterwerber wird die von einem Dritten vorgenommene Täuschung dann zugerechnet, wenn er sie kannte oder kennen mußte, d.h. also wenn ihn ein Schuldvorwurf trifft.

Die grundsätzliche Zurechnung der Kenntnis und der auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis (vgl. § 122, Legaldefinition für "kennen mußte") ist für den Erklärungsgegner und für den, der durch Z u -

1) Auf den besonderen Fall des Registereintrags ohne ein betreffendes Verhalten des Eingetragenen ist hier nicht einzugehen. Vgl. darüber die in Anm. 1 S. 73 angeführte handelsrechtliche Literatur.

2) Über den Fall der eigenen Täuschung und der Teilnahme an der Täuschung des Dritten vgl. unten S. 82.

w e n d u n g eines Rechts in den Inhalt der Willenserklärung einbezogen ist, gerechtfertigt. Denn der Vertragsgegner, der Empfänger einer einseitigen Willenserklärung, derjenige, der auf Grund der willensgemäßen Bestimmung des Erklärenden berechtigt wird, sie alle stehen zu dem Erklärenden in einem besonderen sozialen Verhältnis, das zu gegenseitiger Wahrhaftigkeit verpflichtet.

Diese Beziehung, die die rechtliche Grundlage der Zurechnung der Täuschung eines Dritten bildet, fehlt dann, wenn das Recht des Dritten gar nicht in die Erklärung einbezogen ist, der Dritte ohne Rücksicht darauf, ob der Wille im konkreten Fall darauf gerichtet ist, das Recht nur kraft Gesetzes erwirbt.

Daher müßte, falls § 28 HGB ein Anwendungsfall des § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB wäre, ebenso § 25 Abs.1 HGB wie § 130 und § 173 HGB unter die Regelung des § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB fallen. Ja noch weiter, wenn einmal die bloß ex lege gewährten Rechte Dritter in diesen Tatbeständen bei Unanfechtbarkeit der gegenüber dem Gegner abgegebenen Erklärung (Eintritt als Gesellschafter, Übernahme des Geschäfts) deswegen vernichtet werden können, weil der Dritte von der Täuschung eines anderen wußte oder wissen mußte, dann muß dasselbe in sämtlichen Fällen bejaht werden, in denen die Rechtsordnung selbständig im Anschluß an rechtsgeschäftliche Erklärungen durch ergänzenden oder zwingenden Rechtssatz Dritten Rechte zuweist. Vgl. z.B. §§ 419,2382,1088,571,976,1251 Abs.2 Satz 2 1438 in Verbindung mit § 1459 BGB.

Diese notwendige Folgerung hat der Reichsgerichtsräte-Kommentar (wie Brodmann) deshalb nicht gesehen, weil die große methodische Unterschiedlichkeit des § 28 (und der §§ 25 Abs.1,130,173 HGB) gegenüber dem Vertrag zu Rechten Dritter und der Schuldübernahme nicht erkannt, jedenfalls nicht, wie erforderlich, beachtet wurde [1].

1) Es haben denn auch die Kommentare und Lehrbücher § 28 HGB und die übrigen angeführten §§ nicht in die Behandlung des § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB aufgenommen. A.A., aber ohne grundsätzliche Auseinandersetzung Neumann, Vorbem. zum 2.Titel 2c.

Das Gesetz stellt für die Anfechtbarkeit wegen Täuschung eines Dritten auf die Zurechenbarkeit der Täuschung ab. Dem Drittberechtigten gegenüber ist eine Zurechnung, wie wir sahen, deshalb grundsätzlich zulässig und berechtigt, weil sein Recht auf dem durch die Täuschung beeinflußten Willen selbst beruht.

Sollte aber der Gläubiger eines Geschäftsmannes, der zufällig von der Täuschung eines Dritten erfahren hat, wenn er später gegen die Gesellschaft vorgeht, sich diese zufällige Kenntnis zum Nachteil zurechnen lassen müssen? Er hatte seinerzeit vielleicht keine Ahnung, daß er durch den Eintritt neue Rechte erwerbe, denn die Kenntnis von der Täuschung und ihrer Kausalität für die Erklärung des Getäuschten umfaßt noch nicht die Kennrnis davon, daß ein solches Recht zur Entstehung gelangt. Denn es ist in der durch Täuschung herbeigeführten Erklärung gar nicht enthalten, so daß zwischen dem Erklärenden und dem Dritterwerber keine oben gekennzeichnete rechtliche Beziehung begründet wird.

Und sollte er später gegen die Gesellschaft deshalb nicht vorgehen können, sondern nur gegen den bisherigen Inhaber persönlich, weil er zur Zeit des Eintritts des Gesellschafters von der Täuschung eines Dritten h ä t t e w i s s e n müssen?

Diese Zurechenbarkeit bedarf einer Grundlage. Es besteht keine allgemeine Rechtspflicht, einen anderen aufzuklären. Dies würde sonst dazu führen, daß jeder sich um die Verhältnisse des anderen kümmern und sie erforschen sollte.

Das Schweigen als Zurechnungsgrund ist, und zwar nicht bloß für die Frage, wann selbständige Täuschung vorliegt, sondern auch für die Frage anders gestalteter rechtlicher Zurechnung nur gegeben auf Grund einer Sonderbeziehung, die zwar kein Schuldverhältnis schafft, aber doch Rechtspflichten erzeugt. Die Gewährung von Rechten durch die Rechtsordnung unabhängig vom konkreten rechtsgeschäftlichen Willen begründet aber, wie wir sahen, allein keine solche Sonderbeziehung zwischen dem Erklärenden und dem Dritterwerber. Dies ist auch dann nicht anders, wenn das Recht ausschließbar ist. Ebenso steht

dieser Auffassung nicht entgegen, daß die Rechtsordnung häufig in Anlehnung an den vermutlichen Willen die Rechte gewährt.

In den §§ 25 Abs. 1,28,130,173 HGB (vgl. auch 1438 in Verbindung mit § 1459 BGB) trifft das Gesetz eine selbständige Wertung, der der Gedanke zugrunde liegt: Wer das Unternehmen übernimmt oder als Gesellschafter an seinen Erträgnissen teilnimmt, soll den Gläubigern, die durch ihre Leistungen das Geschäft gefördert haben, auch haften, auch an den "Lasten" teilnehmen. Auf die verschieden gestaltete und verschieden strenge Durchführung dieses Gedankens in den angeführten Paragraphen ist hier nicht einzugehen.

Somit ergibt sich auch aus der ratio dieser Normen, daß im Falle der Unanfechtbarkeit der Erklärung gegenüber dem Gegner eine relative Anfechtbarkeit gegenüber bösgläubigen Geschäftsgläubigern nicht gerechtfertigt wäre. Denn ist der Eintritt usw. unanfechtbar dem Gegner gegenüber, so genießt der Eingetretene die Vorteile des Geschäfts. Gerade daran will aber die Rechtsfolge der Haftung anknüpfen.

Unser Ergebnis führt nun aber nicht dazu, in allen Fällen von Bösgläubigkeit den kraft Gesetzes Berechtigten gegenüber die Geltendmachung der Täuschung dem Getäuschten zu versagen, d.h. für die soeben angeführten Fälle im HGB die Haftung des Getäuschten jedem Geschäftsgläubiger gegenüber zu bejahen.

Hat der Gläubiger selbst die Täuschung verübt, z.B. um die ex lege eintretende Haftung des sehr vermögenden neuen Gesellschafters zu seinem Vorteil herbeizuführen, so kann ihm auf anderem Wege die Täuschung entgegengehalten werden. Der Getäuschte kann ihm nämlich eine Einrede aus § 826 BGB ( eventuell auch § 823 Abs. 2 BGB) entgegensetzen.

Hat er zwar nicht selbst die Täuschung verübt, beruht aber seine Kenntnis von der Täuschung darauf, daß er den Täuschenden dazu angestiftet oder ihm Beihilfe geleistet hat, so können ihm nach § 830 Abs. 2 BGB dieselben Einreden entgegengehalten wer-

den. Mit dieser Handhabe ist das Interesse des Getäuschten in solchen Fällen der Bösgläubigkeit der kraft Gesetzes Berechtigten geschützt, nicht aber darüber hinausgehend nach § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB, ebenso wie auf der anderen Seite ein besonderer Vertrauensschutz, wie wir oben sahen, im Falle ihrer Gutgläubigkeit nicht gewährt ist.

Somit hat sich ergeben:
§ 123 Abs. 2 Satz 2 BGB ist zu lesen: Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, a u s dem Inhalt d e r Erk l ä r u n g ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte.

Zum Schluße sei noch die Frage behandelt, ob Abs. 2 auch im Falle der Drohung durch einen Dritten anwendbar ist. Die Frage ist zu verneinen. Nur bei der Täuschung gilt nach Abs. 2 die beschränkte Anfechtbarkeit. Das Gesetz läßt den Schutz der freien Willensbestimmung nur bei der Täuschung gegenüber dem Schutzbedürfnis des Gegners zurücktreten. Dieses aus Billigkeitsgründen normierte Zurücktreten des Schutzes der Freiheit in der Willensbilsung ist schon aus dem Grunde bei der Drohung nicht berechtigt, weil ein Selbstschutz des Erklärenden vor der Macht der Drohung in der Regel nicht möglich ist. Bei der durch Täuschung herbeigeführten Erklärung ist jedenfalls ein Schutz insoweit möglich, als sich jeder im Rechtsverkehr der Gefahr möglicher Täuschungen bewußt sein muß und sich durch Vorsicht weitgehend zu schützen vermag [1]. Gegenüber einer konkreten Bedrohung aber kann Vorsicht kein Schutzmittel sein.

Der unbeschränkte Schutz des Bedrohten entspricht auch allein der geschichtlichen Entwickelung[2].

Das Werturteil des Gesetzes in § 123 Abs. 2 darf nach dem ausdrücklichen und unzweideutigen Gebots-

1) Vgl. auch Motive I, 206; wie oben auch Leonhard, Bürgerliches Recht, 1932, S. 32 C, v. Tuhr II, 1 S. 616, A. 77.
2) Vgl. z.B. Pr. ALR I, 4 § 42; cod. civil. Art. 1111.

inhalt nicht umgangen werden. Es handelt sich in Abs.2 um einen außerordentlich weitgehenden Vertrauensschutz[1] des Gegners, der nicht im Wege der Analogie noch erweitert werden darf. Abs. 2 ist daher auf den Fall der Drohung durch einen Dritten nicht entsprechend anwendbar[2].

1) Vgl. hierzu Manigk, Irrtum aund Auslegung, S.236, 246 Anm. 2, vgl. auch oben S. 11 Anm. 2.

2) Ebenso die h.M. Vgl. RGR-Kommentar, § 123, Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. § 161, III, Plancks Kommentar, II, 1 c; Staudinger, § 123, IV. 6; RG JW. 06, 453; Warneyer 1910 Nr. 407; OLG 22,131.

# L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s .


Bauer: Die Anfechtung der Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung, Diss. Erlangen, 1908.

Biermann: Bürgerliches Recht, Bd. I, 1908.

Brodmann: Die Handelsgeschäfte. Allgemeine Grundsätze, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV, 2. Abt. 1918.

Buchka: Lehre von der Stellvertretung bei Eingehen von Verträgen, Rostock 1852.

Cohn: Der Empfangsbote, 1927.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht, 1. Teil, 7. Aufl. 1921.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. Einleitung und allgemeiner Teil, 1900.

v. Dalwigk zu Lichtenfels: Die Auslobung nach BGB, Diss. Marburg, 1932.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, Bd. I, Die allgem. Lehren, 3. Aufl. 1906.

Düringer-Hachenburg: Handelsgesetzbuch, Bd. IV und V, 1932.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Einleitung und Allgemeiner Teil und Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 1903.

Ennecerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I, 1 und I, 2, Allgemeiner Teil und Schuldverhältnisse, 1928.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1931.

Gierke: Handelsrecht in: Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, 6, 3. Aufl. 1929.

Giese: Die arglistige Täuschung bei dem Vertrage zugunsten Dritter nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Jena 1909.

Goldmann-Lilienthal: Bürgerliches Gesetzbuch, I, 1903.

Hager-Bruck: Versicherungsvertrag in: Guttentag'sche Sammlung deutscher Reichsgesetze, Nr. 83, 5. Aufl. 1926.

Heck: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932.

" Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz in: Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. 112, 1914.

" Grundriß des Schuldrechts, 1929.

Heinsheimer: Handelsrecht 1930.

Hellmann: Zur Kritik des § 123 BGB, in: Das Recht, 1909, S. 589.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.

Heymann: Der Handelsmakler in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. V, 1. Abt., 1926.

Hildebrandt: Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts, 1931.

Honig: Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit 1925.

Jung: Erörterungen zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und zu den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens in: Iherings Jahrbuch Bd. 69, S. 79 ff., 1920.

" Das Wesen des Schuldrechtl. Grundes (§ 812 BGB) und dessen Bedeutung für die Systematik des Privatrechts in RG-Festausgabe III, 1929.

" Bürgerliches Recht in: Das gesamte deutsche Recht, herausgegeben von Stammler, 1931.

Kiehl: Ansprüche des Käufers im Falle der Arglist des Bevollmächtigten des Verkäufers beim Kaufabschluß in: Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 63, Jahrg. S. 257, ff. 1919.

Kress: Allgemeines Schuldrecht, 1927.

Kipp-Wolff: Familienrecht, Bd. IV von: Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1931.

Kipp: Erbrecht, Bd. II 3 von: Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1928.

Krause: Die Anfechtbarkeit von Willenserklärungen bei arglistiger Täuschung durch einen "Dritten", § 123 Abs. 2 BGB, Diss. Breslau, 1932.

Lehmann: Allgemeiner Teil des BGB 3. Aufl. in: Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd. I, 1928.

Lenz: Zur Lehre vom bürgerlich-rechtlichen Betrug, unter besonderer Berücksichtigung der Praxis der Schwindelfirmen. Diss. Marburg, 1918.

Leonhard, Fr.: Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse, Göttingen, 1896.

" Verschulden beim Vertragsschluß, 1910.

" Kommentar zum Erbrecht, 1912.

" Allgemeines Schuldrecht des BGB in: Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. X, 2, I 1929

Besonderes Schuldrecht des BGB in: Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. X, 2, II. 1931.

" Grundriß des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1926 und 3. Aufl. 1932.

Leonhard, Rudolf: Allgemeiner Teil, 1900.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901.

" Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen, 1907.

" Über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen, in: IheringsJ. Bd. 49, S. 459.

" Kritik über Schlossmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft in: Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht 65, S. 281 ff., 1909.

" Savigny und der Modernismus im Recht, 1914.

Manigk: Irrtum und Auslegung, 1918.

" Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung.Beiträge zur Lehre von Konsens und Dissens in:IheringsJ.Bd. 75,S.127 ff.,1925.

" Artikel in:Handwörterbuch der Rechtswissenschaft:Formalismus und Freirechtsschule, Interesse,Interessenjurisprudenz,Auslegung, Rechtshandlungen,Rechtswirkung,Schuldübernahme,Schuldverhältnisse,Ungültigkeit,Unwirksamkeit.

" Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen in:Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben (Festgabe für das Reichsgericht), Bd. VI, 1929.

" Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht.Ein Beitrag zur Methodik des Vertrauensschutzes in:Beiträge zum Wirtschaftsrecht,Bd, II,(Arbeiten zum Handelsrecht,Bd.62,2) 1931.

" Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum in:IheringJ.Bd.83,S.1 ff., 1933.

" Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäftes in:Archiv f.Rechts- und Wirtschaftsphilosophie,Bd.26,S.359 ff. 1933.

Merk: Veräußerlichung und Durchschnittlichkeit im Recht in:Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. I, 1931.

Mezger: Strafrecht, 1931.

Mitteis: Zur Kritik des § 123 BGB in:Leipziger Zeitschrift, 1909,S.634 ff.

" Zur Kritik des § 123 in: Das Recht,1909, S.667 ff.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich,Bd.I u.II,1896.

Müller-Erzbach:Zwei Beiträge zur Interessenjurisprudenz in:IheringsJ.Bd.73,S.135 ff.,1923.

" Gefährdungshaftung und Gefahrtragung in: Archiv f.d.civil.Praxis,Bd.106, 1910.

" Handelsrecht, 1928.

Neumann: Das Anfechtungsrecht und der Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung, Diss. Freiburg, 1902.

Oertmann: Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914.

Ostwald: Wer ist "Dritter" bei Anfechtung einer Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung? in:Jur.Wochenschrift,51.Jahrg. Heft 17, 1922.

Protokolle der 2. Lesung der 2.Kommission des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuches,Liefer. 1, 1897.

Planck-Siber-Knoke:Kommentar zum BGB Bd. I,II,1,II,2, 1913 u.1928

Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch I,1899.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB Bd.I- III,1928.

Riehl: Die Arglist beim Vertragsschluß unter besonderer Berücksichtigung der Arglist der Vertreter in:Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts,60.Jahrg.5. und 6.Heft,S. 790-845 u.897-937,1916.

Roczek: Die Anfechtung nichtempfangsbedürftiger Willenserklärungen,Diss.Breslau,1928.

Ryba: Die Haftung des Geschäftsherrn für die Arglist seiner Gehilfen bei Vertragsabschluß unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten Verhandlungsvollmacht.Diss. Breslau,1928.

Schmidt-Rimpler:Der Handlungsagent in:Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts,Bd.V,1. Abt. 1926.

Schröder: Die sogenannte nichtempfangsbedürftige Willenserklärung auf der gesetzlichen Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs,Diss. Marburg, 1933.

Schubert: Die Rechtsnatur der Vaterschaftsanerkennung,im Familienrecht,Diss.Marburg,1932.

Simeon-David:Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich, 1923.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch,4.Aufl.1929.

Spielmann: Rechtsnatur und Behandlung der Inhaberpapierobligation, Diss. Marburg, 1932.

Stampe: Bemerkung zu § 123, Abs. 2 in: Jur. Wochenschrift, 50. Jahrg. Heft 7, 1921.

Staub: Handelsgesetzbuch, Bd. I - IV, 1933.

Staudinger: Kommentar zum BGB Allgem. Teil, 1925.

Stoll: Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz in: Archiv f.d.civ. Praxis, Bd. 133 (Beilageheft) Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt, 1931.

" Besprechung von Hildebrandts Erklärungshaftung in: Jur. Wochenschrift, 1933, S. 34 f.

Strohal: Bemerkungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches f.d. Deutsche Reich, in: IheringsJ. Bd. 34, S. 325 ff. 1895.

" Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl.. 1904.

Strucksberg: Arglist des Vertreters bei Vertragsschluß in: Leipziger Zeitschrift 1914, S. 1523 f.

Titze: Bemerkung zu § 123, Abs. 2 in: Jur. Wochenschrift, 1921, S. 622 f.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, II, 1 und 2, 1914, in: Binding; System. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, X. Abt. 1, II.

Zitelmann: Allgemeiner Teil, 1900.

" Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879.

" Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs f.d. Deutsche Reich, 1. und 2. Teil 1889, 1890, in: Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs f.d. Deutsche Reich.

## L e b e n s l a u f .

Am 20. Januar 1908 wurde ich, Erwin Altmann, Sohn des Dr. Adolf Altmann, Trier, und seiner Ehefrau Malwine, geb. Weiss, in Salzburg geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger.

Ostern 1927 legte ich am Kaiser-Wilhelms-Gymnasium in Trier die Reifeprüfung ab, um mich ein Jahr darauf dem Studium der Rechtswissenschaft zu widmen. Ich studierte in Berlin, Köln und Marburg. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am Oberlandesgericht in Kassel mit dem Prädikat "Gut". Die Doktorprüfung legte ich an der Universität Marburg mit dem Prädikat "Sehr gut" ab.